

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 3/2012

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Beniamino Caravita di Toritto
Antonio D'Atena
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo
Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze
Piero Alberto Capotosti
Paolo Carnevale
Marta Cartabia
Giuseppe de Vergottini
Pietro Giuseppe Grasso
Natalino Irti
Anne-Marie Le Pourhiet
Stelio Mangiameli
Leopoldo Mazzaroli
Manlio Mazziotti
Jorge Miranda
Giovanni Sartori
Dian Schefold
Franco Gaetano Scoca

Redazione

Francesco Crisafulli
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier

SOMMARIO 3/2012

saggi

- Giuseppe Guarino, *Perché gli uomini e non gli scimpanzé sono diventati i signori del pianeta? Gli organismi biogiuridici e il ruolo del diritto* 423
- Alessandro Mangia, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano* 461
- Simone Scagliarini, *Diritto alla riservatezza e pretesa punitiva dello Stato nella disciplina delle intercettazioni: un bilanciamento da ripensare* 493

osservatorio

- Laura López de la Cruz, *Verso un divorzio senza causa in Europa?* 533

attualità

- Marco Ruotolo, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso* 569
- Gino Scaccia, *Intelligence e segreto di Stato nella legge n. 133 del 2012* 585

recensioni

- Giuseppe Ugo Rescigno, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Ediesse 2012* 601

Giuseppe Guarino

PERCHÉ GLI UOMINI E NON GLI SCIMPANZÉ
SONO DIVENTATI I SIGNORI DEL PIANETA?
GLI ORGANISMI BIOGIURIDICI
E IL RUOLO DEL DIRITTO

Premessa

1. Il pianeta terra, gli uomini singoli, l'umanità nel suo insieme sono esposti a pericoli. Il peso umano, quale determinato dal numero degli abitanti, dalle loro attività, dai consumi è cresciuto a dismisura. Fenomeni tellurici ed atmosferici improvvisi e gravi, l'effetto calore con lo scioglimento dei ghiacci, la fragilità delle grandi vette, l'innalzamento dei mari mostrano quale sia il grado di fragilità della terra.

Spetta agli uomini affrontare il problema. Dispongono di competenze, mezzi finanziari, di enormi potenzialità che tuttavia per esprimersi devono in ultima istanza essere intermedie dagli Stati. Si sono espansi sulla totalità dello spazio planetario abitato od utilizzato dagli uomini. Hanno ripartito tra loro il pianeta. Ciascuno pretende di esercitare la sovranità, cioè un potere assoluto, sul territorio di cui è divenuto titolare. Ci si trova di fronte a una discrasia. Da un lato si devono affrontare problemi globali. Dall'altro i soggetti che principalmente dovrebbero affrontarli, gli Stati, hanno competenza ciascuno per una porzione distinta del pianeta, sono tra di loro diversi, sono divisi. Il modello di convivenza rappresentato dallo Stato si dimostra inadeguato.

È stato ipotizzato che sarebbe in via di consolidamento un governo "mondo". La sua formazione deriverebbe dal carattere chiuso dello spazio (dalla terra non si può scendere!) entro il quale tutti gli Stati e tutti gli uomini devono convivere. Nel "governo mondo" la disciplina e l'esercizio del potere sarebbero disciplinati da regole rispondenti al modello delle Conventions of the Constitution, di cui ancora si avvale il sistema costituzionale inglese. Nel caso del "governo mondo" mancherebbe l'au-

toritarietà verso l'esterno del potere. Il "governo mondo" forse esiste. Non è sufficiente per una soluzione che andrebbe imposta.

2. I problemi che si pongono sono di due categorie. Quelli relativi al peso umano sulla terra e quelli che attengono allo strumento organizzativo cui affidare l'attuazione di ciò che viene proposto. Il primo problema appartiene ad una molteplicità di discipline scientifiche. Quello dello strumento organizzativo sarebbe da qualificarsi "giuridico". Ma da quando gli Stati si sono affermati dominanti a livello planetario e detengono la totalità del pianeta, ciascuno per una porzione e tutti con potestà sovrana, il giuridico viene identificato con il diritto positivo, cioè con l'insieme delle norme in vigore nei singoli Stati.

Se si ritiene che gli Stati siano inidonei al compito globale, con il giuridico-positivo si ritorna al punto di partenza.

3. Due principi guida cui l'Autore si è conformato sin dall'inizio delle sue riflessioni teoriche hanno condotto alla individuazione di un concetto "alternativo" del giuridico. Il primo è nella constatazione che il diritto è una forza autonoma, fonte quindi di rapporti di causa ed effetto, constatabili ed anche individuabili *ex ante*. Il secondo, che tutti i "contenuti", quali si desumono dai diritti positivi, cioè le norme emanate ed applicate dagli Stati, non solo quelle di oggi, ma quelle di tutti i tempi passati, poggiano su un piccolo nucleo di "forme", le quali, già presenti nei primi modelli di convivenza e che hanno esercitato un ruolo decisivo per aiutare gli uomini a differenziarsi dalle altre specie animali, si dimostrano eterne. Sono ancora esse a reggere le più complesse e straordinarie realizzazioni giuridiche dei millenni successivi.

4. Sviluppando questa premessa a quale risultato si perviene?

Disaggregando le strutture organizzative complesse si sono identificate le componenti elementari, quelle cioè non ulteriormente scindibili. Si sono percepiti i meccanismi attraverso i quali si regola il movimento di ogni struttura organizzativa, sia interno alla stessa, sia esterno. Si sono identificati modelli di convivenza, quali si sono succeduti nel tempo, e le loro specie. Si sono acquisite conoscenze sui fattori dai quali dipende la conformazione di ciascun modello. Si sono formulate ipotesi, che sembrano ragionevoli ed attendibili, sulle diverse funzioni esercitate nel tempo da ciascuno dei modelli di convivenza e circa gli effetti che da ciascuna specie di essi ci si può attendere. Si è constatato che flussi di mo-

vimento possono trasferirsi dall'una all'altra entità, percorrerne molte anche in modo tumultuoso e poi scomparire. E così di seguito.

5. L'insieme delle riflessioni ha condotto alla identificazione di un modello di generale applicazione, presente nella convivenza umana sin da quando l'uomo si è differenziato dalle altre specie. Lo denominiamo "Organismo biogiuridico".

Se la validità di queste acquisizioni verrà confermata, non saremo pervenuti alla soluzione dei problemi. Ma avremo compiuto un primo passo. Un passo che può servire a mettere a punto un metodo che potrà condurre a soluzioni concrete ed operative.

6. L'Autore, nel chiudere questa premessa, si rivolge alla benevolenza dei lettori. Ha lavorato sotto la pressione dell'urgenza. Non per l'incumbere dei problemi planetari. I tempi della storia vanno sempre al di là del tempo degli uomini. I tempi che preoccupano l'autore sono i suoi personali, l'età e problemi di vista. Le sue prime ricerche sul diritto come "forza autonoma" e sulla "forma di base" risalgono al 1948-49! Ne è derivata una attenzione continua sulle trasformazioni che maturavano nel mondo, anche in conseguenza degli effetti delle strutture giuridiche utilizzate. Dalla straordinaria novità degli ultimi decenni è venuto uno stimolo a ricondurre le acquisizioni puntuali in un quadro di insieme. L'OBG, l'organismo biogiuridico, che viene presentato in questo saggio, come personaggio che accompagna l'uomo nella sua iniziale avventura, non è frutto di escogitazione improvvisa. È la tappa, per ora ultima, di un processo lungo e sofferto.

I. GLI OBG

1. In una data imprecisata, nel corso del suo sviluppo naturale, sono maturate nella specie umana condizioni sufficienti per dar vita agli OBG, organismi biogiuridici. Agli OBG corrispondono specifici modelli di convivenza.

Gli uomini primitivi, avendo probabilmente per caso realizzato in concreto il modello della tribù, devono avere constatato che consentiva risultati che, operando individualmente od anche in gruppo ma con altro modello, ad esempio con quello del branco, diffuso tra le specie animali, non avrebbe potuto ottenere. È ovvio che gli uomini di allora erano in-

consapevoli della assoluta novità rappresentata dall'OBG. Una inconsapevolezza che sarebbe perdurata per millenni. Di questa inconsapevolezza spiegheremo in seguito il perché.

2. L'OBG ha una caratteristica peculiare. E', come si è detto, un modello che regola la convivenza di un gruppo di uomini. Nasce se il gruppo, in via naturale e a maggior ragione se per decisione consapevole, in concreto vi si conformi. L'OBG è divenuto compagno inseparabile dell'uomo. Avendo condizionato e condizionando l'opera degli uomini dai quali vengono creati, gli OBG hanno condizionato e condizionano il complessivo sviluppo umano. Gli OBG operano come coautori della storia umana. Talvolta, e lo saranno ancora di più in futuro, assumono il ruolo di protagonista principale.

3. In una prima lunga fase l'OBG si è presentato sotto forma di "tribù". La tribù, applicando il principio della divisione dei compiti (Adamo Smith avrebbe rilevato l'enorme importanza del principio con riguardo al "lavoro") ha consentito agli uomini di difendersi da ogni altra specie animale. Poi di affermare su tutte le altre specie la sua superiorità. La tribù ha stimolato le capacità degli uomini nel prendere contatto con il pianeta, lo ha aiutato ad avvalersi della terra, a difendersi dalle calamità naturali, e così via. Gli OBG "tribù" hanno accompagnato gli uomini nella ricerca di luoghi adatti a stabili insediamenti e a diffondersi sull'intero pianeta, in spazi ampi, anche non contigui.

4. Gli uomini si sono imposti ad ogni altra specie animale, e sono divenuti dominanti nel pianeta. Si sono distaccati definitivamente dagli scimpanzé che pur si differenziano nel DNA dagli uomini per non più del 2%. Il fattore ultimo che ha prodotto il risultato è stato la tribù. Il maggiore volume del cranio, il maggior peso del cervello, la forma eretta, la liberazione delle braccia e delle mani, l'articolazione delle dita, una dimensione del corpo che consentisse di essere schiacciati immediatamente da esemplari di altre specie animali, la maggiore capacità logica, condizioni necessarie per il passaggio alla tribù, sono presupposti che da soli non sarebbero stati sufficienti. Decisivo è stato il fattore tribù. Senza la invenzione (o scoperta?) della tribù, l'uomo non vi sarebbe riuscito. Il primo capitolo de "La Ricchezza delle Nazioni" di Adamo Smith è dedicato al principio della divisione del lavoro. Le tribù ne facevano applicazione già tra gli otto e i diecimila anni fa. Le condotte coordinate gene-

ravano una forza superiore a quella degli esemplari di qualsiasi altra specie animale. Le capacità logiche che avevano guidato le azioni, si fertilizzarono e consentirono ulteriori avanzamenti.

5. In un secondo periodo la forma “tribù” è stata superata e l’OBG si è presentato come “Stato”. Con lo Stato sono iniziati la consapevole utilizzazione della terra, la trasformazione e l’assoggettamento del pianeta. Un processo glorioso e faticoso, anche doloroso. Si può calcolare in circa cinquemila anni la strada che lo Stato ha dovuto percorrere per condurci alle straordinarie condizioni attuali, di cultura e civiltà.

6. Da cinque o sei secoli ha avuto inizio un altro periodo caratterizzato da nuove specie di OBG, che si sono affiancate allo Stato. A questo terzo periodo non si può ancora dare un nome. I suoi caratteri non sono compiutamente definiti. I processi evolutivi sono lenti. La maturazione completa del terzo periodo avverrà probabilmente in tempi più brevi di quelli dei periodi antecedenti. Ma non è ancora alle porte. Non sappiamo dove questo periodo ci porterà e quali ne saranno i principali protagonisti.

7. Abbiamo menzionato tre periodi. Più appropriatamente si potrebbe parlare di “ere”. Le tre “ere” si distinguono per diversità del ruolo esercitato dalla principale componente dell’OBG, la “Forza sociale”. Nella prima delle tre ere, quella della tribù, la Forza sociale (è la componente nella quale si esprime la comunità nella sua interezza), è dominante. Nella seconda, quella dello Stato, la dominanza passa al sistema degli apparati, distinta componente dell’OBG. Il sistema degli apparati comprende organismi interni minori nonché un modello prossimo ma distinto dall’OBG, che viene denominato “organizzazione”. La terza era, quella attuale, è caratterizzata da nuove specie di OBG, che si sono affiancate allo Stato, in ciascuna delle quali, la Forza sociale riasume la preminenza sul sistema degli apparati. Non si dà un nome alla attuale “era” per la incertezza, come già detto, che ancora la contraddistingue.

8. Vanno ricercate le cause che hanno portato alla sostituzione dello Stato alla tribù e che nei secoli più recenti vedono nuove specie affiancarsi allo Stato. Gli “uomini” sono organismi “biologici”. Gli OBG, come indica il nome, sono a loro volta organismi. Si distinguono perché

non sono per intero biologici. Esiste una seconda componente di diversa natura. Sono le “forme” giuridiche di base con le “norme” che vi si inquadrano. Le due componenti si integrano, formando un nuovo tipo di entità, gli OBG, per l'appunto.

9. Caratteristica degli organismi è di essere entità “viventi”. La vita si caratterizza per il movimento incessante e per la capacità di produzione autonoma dell'energia che provoca il movimento. Ogni organismo, in virtù del carattere incessante del movimento, in ogni attimo successivo non è, né può essere, eguale a quello che era nell'attimo antecedente. Ciò che esiste in ogni istante è il prodotto di ciò che esisteva prima ed è causa di ciò che sarà nell'attimo successivo. L'identità di ogni organismo è data dalla serie storica che lega le condizioni del singolo attimo a quelle immediatamente anteriori ed a quelle immediatamente posteriori. Le serie storiche determinano il carattere di “unicità” di ogni organismo. Nelle condizioni realizzatesi in ciascuno di essi nell'attimo successivo del processo storico, nessun altro potrebbe sostituirsi. Nessuno infatti potrebbe poggiare sulla stessa base storica del primo.

Tanto gli organismi, sia biologici quanto biogiuridici, sono dunque sempre esemplari unici. Il che non toglie che ve ne siano di simili, anche per grandi numeri. La similarità si collega all'appartenenza alle medesime specie ed alla identità del modello di crescita. Il modello con effetti che, ove si consolidino, si trasmettono alla specie, trae origine dall'incessante confronto degli organismi, sia biologici che OBG, con il mondo esterno, lo “ambiente”.

10. Il mutamento incessante del mondo organico fa mutare in ogni istante anche l'ambiente. Muta peraltro anche la materia inerte, soggetta a variazioni, indotte da forze esterne.

La materia di cui sono composti gli OBG è rappresentata dagli uomini, e solo dagli uomini. Partecipanti degli OBG possono essere invece anche altri OBG. Ma questi a loro volta sono composti da uomini e solo da uomini. Vi è movimento in ogni istante negli OBG perché vi è movimento, un movimento incessante e generalizzato negli uomini, che li compongono.

Mutano gli uomini e mutano gli OBG. Sono gli uomini ad animare gli OBG.

Nell'entità complessa, identificata come “ambiente”, le variazioni si intrecciano, si sommano, vicendevolmente si annullano o si fertilizzano.

Nel breve come nel medio e lungo periodo gli ambienti mutano di conseguenza in modo incessante.

11. Gli uomini hanno potuto dar vita ai nuovi modelli associativi avendo acquisito la capacità di applicare il rapporto tra causa ed effetto con riguardo non solo ad entità esistenti, ma anche ad altre meramente ipotizzate ed a quelle ulteriori formulate sulla base della ipotizzata concretizzazione delle antecedenti. Gli uomini hanno avvertito i mutamenti che andavano producendosi nelle esistenti condizioni e percepiti i nuovi problemi che ne conseguivano. In modo quasi naturale hanno individuato nuovi obiettivi. Si sono mossi per realizzarli.

12. Si può ipotizzare che gli uomini, esaurita la fase del confronto con le altre specie animali e della acquisizione di ciò che in modo spontaneo e diretto offriva loro la natura, per caso o consapevolmente abbiano accelerato il ritmo del confronto con il pianeta e abbiano ampliato l'area della loro presenza. La forza accumulata con il modello tribù a questo punto si dimostrò non più sufficiente. Ci si sarebbe confrontati con fiumi, si sarebbero dovuti realizzare argini, costruire canali e ponti, segnare tracciati, agevolare le comunicazioni, edificare ricoveri e case, dar vita a strutture urbane e così via. Il processo di innovazione avrebbe abbracciato nuovi settori, sarebbe divenuto più rapido.

13. Quanto alla terza fase, mentre ne sono incerti i futuri sviluppi, se ne può all'inverso indicare l'inizio con sufficiente approssimazione. Adamo Smith ne "La Ricchezza delle Nazioni" qualifica l'effetto congiunto della scoperta delle Americhe e dell'apertura della via delle Indie conseguita con il doppiaggio del Capo di Buona Speranza come la più grande rivoluzione mai verificatasi sino a quel tempo. La "rivoluzionarietà" del duplice evento dipende dalla sua conseguenza diretta, un nuovo "modello" per la produzione dei beni e servizi. La "organizzazione", oggetto di proprietà di privati o dello Stato, fino a quel tempo applicata per le produzioni che richiedessero l'apporto di capacità plurime, cedette il posto ad una nuova specie di "organismo", l'OBG impresa produttiva.

La straordinaria conseguenza della introduzione del nuovo modello forma oggetto di un'altra acutissima osservazione dello stesso Smith. La valorizzazione del territorio degli Stati Uniti fu opera di imprese produttive. La responsabilità della trasformazione dell'America centrale e meri-

dionale fece carico alle amministrazioni del Portogallo e della Spagna. In concreto a due “organizzazioni”. L’America del sud era più ricca, più varia, più popolata di quella del nord. Le conseguenze sono palpabili. Gli USA sarebbero divenuti in un paio di secoli la principale potenza nel mondo. Gli Stati del centro e del sud, singolarmente e nel loro complesso, nonostante progressi recenti, sono ancora lontani dall’aver valorizzato tutte le loro potenzialità.

14. Come mai gli OBG che hanno accompagnato l’uomo nel suo sviluppo, che sono stati decisivi per affermarne la dominanza sulle altre specie animali e sul pianeta, sono rimasti sin qui sconosciuti? Come mai, ai fini della scansione delle ere, non si è ancora dato rilievo alle specie che sono andate affiancandosi allo Stato negli ultimi secoli? E perché mai la Forza sociale e la sua funzione sono rimaste sostanzialmente sconosciute? Della Forza sociale si darà una analitica descrizione nel capitolo che sarà dedicato all’esame delle componenti degli OBG. Anticipiamo che la Forza sociale è la parte dell’OBG dove si genera l’energia, essenziale per la produzione di movimento, nel quale consiste la vita dell’organismo. Si è consapevoli dei pericoli che comporta l’introdurre concetti nuovi. Errori, incompletezze, oscurità sono inevitabili.

15. Per dare la risposta, bisogna partire da lontano.

L’OBG è una entità complessa al cui operare concorrono funzioni distinte. Nella tribù, forma più semplice di OBG autonomo, le funzioni, altrettanto semplici, venivano esercitate in modo diretto dal gruppo o altrimenti sotto il suo diretto controllo. È essenziale per un organismo disporre di energia e produrla (funzione della Forza sociale). È cosa diversa decidere sul se e sul come utilizzare l’energia (apparato di vertice con funzione di comando e di formulazione di norme). Non basta comandare. Occorre anche ottenere che i comandi siano eseguiti (apparato di esecuzione ed amministrazione). In un momento successivo acquisterà autonomia anche la funzione del giudicare caso per caso se vi sia stata o meno violazione delle norme o inadempienza al comando, con statuizione delle sanzioni. Con l’appendice di una funzione ancora diversa, quella della concreta applicazione delle sanzioni.

Il gruppo che costituiva la base della tribù era ristretto ed omogeneo. Le ascendenze erano ancora in parte comuni, lo sviluppo si era attuato per tutti con percorsi simili. Le norme e i comandi, quand’anche formulati dal capo tribù, tale per assenso di tutti, assistito dal consiglio degli

anziani, dai saggi o dai più valorosi, erano condivisi. Gli appartenenti al gruppo concorrevano a far rispettare gli ordini e le norme e ad applicare le sanzioni.

16. Si passò allo Stato non per caso, ma perché il gruppo si era ampliato. Erano stati ammessi tra i partecipi anche degli estranei. I problemi erano divenuti più complessi. Si presentavano questioni nuove. L'omogeneità si era affievolita ed era venuta meno la condizione della conoscenza reciproca generalizzata. Le funzioni si erano diversificate. Divenne necessario che venissero distribuite. Il principio della divisione del lavoro, già applicato dalla tribù per i compiti da esercitarsi dagli individui, ebbe nello Stato applicazione con riguardo alle funzioni.

17. Le funzioni, apparentemente attribuite agli individui, quando il gruppo nel suo crescere superò la dimensione minima, assunsero, se si applicano alle condizioni di allora i concetti elaborati della teorizzazione più recente, la effettiva configurazione di attribuzioni di organismi od organizzazioni. Lo Stato si disvela nella sua pienezza. La funzione di normazione e comando è esercitata da un miniorganismo di vertice (organi costituzionali, governo) che nei tempi più antichi faceva generalmente capo, in modo diretto o a mezzo di altri OBG, ad un uomo singolo, individuato in base a norme precostituite o che si fosse appropriato con la forza del comando. Lo si denomina re, sovrano, imperatore, primo console o con altri appellativi simili. Il re si avvale di consiglieri detti ministri. Il ministro è preposto alla attuazione della volontà del vertice. Non vi provvede da solo. Si avvale di funzionari e di esecutori materiali. Mentre il vertice è un "organismo", l'apparato esecutivo e l'amministrazione che ne fa parte formano una "organizzazione". In un periodo successivo la giustizia verrà sottratta al sovrano e formerà oggetto di una distinta ed in seguito anche autonoma organizzazione, cui se ne collegherà un'altra, deputata alla esecuzione delle pene.

18. Nello Stato si opera una triplice variazione rispetto al modello "tribù". Le funzioni sono formalmente distinte. Vengono esercitate da entità distinte. Le entità competenti appartengono a due tipologie differenti. Il vertice è un OBG. L'esecuzione, l'amministrazione e la giurisdizione sono "organizzazioni".

Negli Stati contemporanei all'OBG di vertice si aggiungono eventualmente minori OBG attributari di funzioni di vertice da esercitarsi a

livello più basso o collegati al vertice per l'esercizio di funzioni esterne la cui natura richieda l'affidamento a OBG.

19. La distinzione tra organismi (OBG) ed organizzazioni assume un ruolo decisivo.

L'OBG genera al suo interno l'energia necessaria al suo incessante movimento con la prima delle sue componenti, la Forza sociale. La Forza sociale è costituita da tutte le entità uomini, OBG interni od esterni, altri OBG ed organismi legati ad entità interne od esterne che, direttamente o indirettamente concorrono alla effettività dell'OBG e che della effettività subiscono gli effetti.

L'“organizzazione” non genera energia. Si avvale di quella fornita dalla Forza sociale dell'OBG di cui l'organizzazione è parte.

20. OBG ed organizzazione sono entità distinte, ma necessariamente connesse. Nelle condizioni attuali, fatta eccezione per le entità di livello elementare, non v'è organismo che non comprenda un qualche organismo minore ed almeno una organizzazione. Inversamente non v'è organizzazione che non faccia direttamente o indirettamente capo ad un OBG.

Organismi ed organizzazioni hanno una caratteristica comune. Sostanzialmente si risolvono in una serie di movimenti coordinati ed integrati, ciascuno dei quali corrisponde ad una specifica condotta umana. OBG ed organizzazioni, perché le loro componenti si muovano nei sensi preordinati, devono imporsi, avvalendosi di una quantità appropriata di energia. Le organizzazioni non producono energia. Sono come “macchine”. Trasmettono energia ad altre organizzazioni se l'abbiano ricevuta dall'OBG di appartenenza. L'OBG, sede della Forza sociale, fornisce nella quantità necessaria l'energia prodotta al suo interno agli apparati, costituiti da OBG minori, compreso quello di vertice, e a mezzo di questo alle organizzazioni.

21. L'OBG è un vivente. L'organizzazione, si è detto, è “come” una macchina. Non una macchina in senso pieno. Anche nelle organizzazioni vi sono espressioni di vita. Sono insopprimibili ma non si vuole che appaiano. Le si ritrovano in due luoghi: le condotte, che sono sempre e necessariamente azioni umane, e le cellule elementari o di base.

Gli Stati, a partire dall'ottocento e completata l'opera nel novecento, si sono ripartiti tutto lo spazio del pianeta. Da allora non vi è condotta

umana che non sia intermediata da un OBG (lo Stato), e normalmente anche da altri OBG. Inversamente non vi è condotta di OBG che possa non essere (direttamente o attraverso la intermediazione di altro OBG) “condotta umana”.

Nel concretizzare la condotta dell’OBG l’uomo è sempre presente nella sua totalità. Vi porta i suoi sentimenti, le passioni, i bisogni, gli interessi, le condizioni fisiche, le pressioni cui soggiace, i convincimenti e le ideologie condivise, e quanto altro. Non va sottovalutato il codice personale, le regole di condotta che ciascun uomo, nella generalità dei casi inconsciamente, si è formato. L’uomo è presente nell’azione con tutta la sua vita anteriore. È da essa che è stato modellato l’uomo attuale. Dell’intero passato si attualizza ciò che prevale nel momento in cui la condotta si concretizza.

La presenza umana assume maggiore evidenza quando il compito attribuito comporta una scelta. Salvo il caso limite e raro dei comportamenti prescritti, anche nell’attività più vincolata, quale è quella giurisdizionale, l’uomo non è mai assente.

22. Il secondo luogo della organizzazione dove la vitalità autonoma degli uomini si fa spazio è la cellula di base. Le organizzazioni complesse sono composte da cellule elementari raggruppate per settori a molteplici livelli. Ogni cellula elementare è di per sé un OBG. Vi sono presenti tutti i caratteri dell’OBG come genere. L’elemento umano è rappresentato di norma da un minimo di tre individui. Dei tre uno occupa la posizione di vertice. Normalmente è quello designato dai livelli superiori della organizzazione. In concreto il capo ufficio. Non necessariamente, però. La piccola comunità genera sue proprie norme (il suo diritto) e le applica in tutti gli spazi non occupati dalle norme dei livelli superiori. Non è escluso che il diritto della cellula elementare (l’ufficio di minimo livello) influenzi il modo in cui i componenti del piccolo gruppo si comporteranno nel concretizzare i poteri e le facoltà attribuiti dai livelli superiori della organizzazione. Ciò che si osserva nelle cellule elementari si ripete a maggior ragione in ogni loro aggregato. Il flusso autonomo di vita che scorre nelle cellule elementari e nei loro aggregati spiega come entità organizzative, soggette ad una medesima disciplina, possano dare rendimenti diversi. È l’effetto delle norme autoprodotte ed osservate. Influisce anche l’ambiente in cui ciascuna entità opera, i cui riflessi siano recepiti dalla cellula elementare. Le cellule elementari non sono materia inerte. Sono a loro volta OBG.

23. Lo Stato con ogni mezzo (è la sua natura che gli impone di farlo) cerca di impedire che le condotte degli uomini di cui necessariamente deve avvalersi non rispondano interamente alle sue norme o comandi. Le divergenze vengono sanzionate con nullità o illegittimità dell'atto e, nei casi più gravi, con sanzioni a carico dell'operatore (responsabilità per danno e, al limite, sanzioni penali).

Quanto all'autonoma normazione prodotta dalle cellule elementari, la reazione dello Stato è più drastica. La normazione autonoma delle cellule elementari viene qualificata "diritto interno" e le si nega qualsiasi rilevanza esterna. Per lo Stato non esiste. La condotta che vi si ispiri e risulti non conforme ai canoni fissati dallo Stato, non potrebbe giustificarsi adducendo il vincolo introdotto dalla "norma interna".

24. Nei modi di comportarsi degli Stati vi è assoluta coerenza. Lo Stato si è assunto per millenni responsabilità enormi. Deve difendersi dall'esterno, garantire l'ordine interno, individuare obiettivi di benessere e soddisfarli. Sull'OBG di vertice, proprio in quanto è lì che si concentrano tutti i poteri decisionali, si scaricano le più disparate pressioni, interne ed esterne. La posizione più elevata dell'OBG di vertice è ambita. La lotta interna si intreccia con le pressioni di ogni altro genere. Il titolare del vertice è paragonabile al capitano di un vascello. Naviga in mari che passano dalla quiete assoluta alle turbolenze più varie, anche di assoluta potenza. Occorre un fermo controllo della barra. Vi è necessità di uno strumento affidabile, possente, efficace. È questa la funzione della organizzazione attuativa. Lo Stato non può ammettere condotte difformi dai suoi comandi. Non può consentire che la vita che fluisce all'interno della organizzazione prenda il sopravvento. Vanno escluse persino le pressioni della Forza sociale che non passino attraverso la intermediazione dei suoi comandi. Lo Stato apparato afferma la sua indipendenza nei confronti della Forza sociale. Vuole rendersi "autoreferenziale".

25. Lo Stato, se può, si spinge oltre. È tentato di avvalersi della organizzazione per influenzare gli stessi orientamenti della Forza sociale. L'"OBG di vertice" tende a captare l'intera energia prodotta dalla sua Forza sociale. Tende cioè ad esserne l'esclusivo interlocutore. Per essere certo che ciò si realizzi, e si realizzi in modo durevole, mira ad impiegare l'organizzazione per conformare ai suoi obiettivi l'orientamento della Forza sociale. Tende altrimenti a neutralizzare con ogni altro mezzo la Forza sociale. Si generano situazioni di pericolo. Le pressioni sulla Forza

sociale la indeboliscono. Ma è sempre possibile che la Forza sociale riprenda vigore e scarichi in modo autonomo, ed anche imprevisto, la sua forza sull'OBG di vertice, sull'organizzazione o su parti o punti delle discipline vigenti. La Forza sociale può provocare variazioni improvvise, che si risolvono in totali rovesciamenti. Sono le ipotesi definite come "instaurazione di fatto" di un nuovo Stato, di un nuovo regime, di un nuovo governo. I "fatti normativi" sono norme e principi sostituiti o del tutto innovativi introdotti dalla Forza sociale in modo diretto.

26. Lo Stato si è dichiarato "sovrano". Base della sovranità è il "territorio". Il territorio è una parte del pianeta che comprende terra, spazi acquei, spazi atmosferici, sottosuolo. Sul territorio lo Stato assume, e vi riesce concretamente, ad esercitare il potere (comandi e normazioni) ad esclusione di qualsiasi altro soggetto. Lo Stato estende la sua sovranità su suoi partecipi e su beni, anche al di là del confine territoriale, fin dove riesce a conferire carattere di effettività alle sue pretese.

Man mano che la società umana evolveva, gli interessi degli Stati più avanzati si sono estesi all'intero pianeta. Il principio della sovranità ha prodotto l'effetto che non vi è parte abitabile del pianeta che non sia soggetta alla sovranità di qualche Stato. L'intero spazio del pianeta risulta suddiviso tra Stati. Lo Stato è divenuto il modello comune di tutte le convivenze politiche.

27. Lo Stato, nonostante la pretesa di assoggettare a sé la Forza sociale, non perde la caratteristica di OBG. La Forza sociale è ineliminabile. È componente essenziale, è fonte della vitalità. È alla Forza sociale ed al suo sostegno che gli apparati di vertice fanno appello. Lo Stato più autoritario non preclude l'esistenza della Forza sociale. Al contrario vuole appropriarsene. Vuole solo impedire che si conformi diversamente da quanto vogliono il vertice e l'organizzazione. In qualsiasi momento tuttavia la Forza sociale, apparentemente quiescente, può provocare variazioni nel sistema degli apparati ed in quelli normativi, esercitando in modo diretto la sua vitalità.

28. La presenza dello Stato sovrano in ogni area del globo, salvo le aree non abitabili, concordemente escluse dalla ripartizione, lungi dal fare scomparire ogni altro OBG, ha provocato l'effetto contrario. Ogni uomo è assegnato al momento stesso della nascita ad uno Stato. È quindi necessariamente partecipe di almeno un OBG, lo Stato per l'appunto.

L'appartenenza allo Stato implica la partecipazione anche ad altri OBG od organizzazioni dipendenti dallo Stato. Ciascun uomo in modo volontario partecipa inoltre, come si è precisato sin dall'inizio, ad una molteplicità di altri OBG. Gli organismi accompagnano l'uomo dalla nascita sino al termine della sua vita.

29. Occorre fare un passo indietro. Si è detto che nella "azione" c'è tutto l'uomo. L'uomo vi è presente con l'intera sua personalità. L'azione quindi espressione massima di libertà. Lo scenario immediatamente si appannava se si aggiunge che l'uomo sin dalla nascita e poi per tutta la vita fa parte di più OBG, che uno degli OBG, lo Stato, è omnivoro, che l'OBG è un organismo non solo biologico (bio), ma anche giuridico (il diritto!): biologico perché il movimento nel quale si esprime la vita dell'OBG è sempre, in modo assoluto, una azione umana. Giuridico perché nell'azione, se vi è sempre l'uomo con intera la sua personalità, vi è anche la norma o comando con tutto il peso dell'OBG.

Gli uomini, come le norme, sono componenti essenziali, cioè a pari titolo, dell'OBG. Chi prevarrà tra la personalità dell'uomo ed il peso dell'organismo nella singola azione inquadrata nell'OBG?

30. La risposta non è univoca. Cambia secondo il modello di convivenza che si assume a riferimento e secondo l'area di regolazione in cui le condotte si inquadrano. Partiremo dallo Stato, oggi onnipresente. Esamineremo in seguito cosa accadeva nella tribù.

Comune ai due modelli (e, come si vedrà, comune anche nella terza specie di OBG, di cui si parlerà in seguito) è la tecnica di cui l'OBG si avvale per coordinare e integrare le condotte. La condotta, ma lo stesso si verifica per qualsiasi accadimento che assuma rilevanza per la convivenza, viene descritto in astratto in una norma. La descrizione in astratto di un alcunché contenuto in una norma assume la denominazione di "fattispecie". La stessa norma od altre alla prima connesse collega la fattispecie ad una entità (il soggetto), che è un uomo (indicato in modo specifico o in base ad una descrizione a sua volta astratta) oppure è una entità che direttamente o indirettamente deve avvalersi di uomini per operare. Le fattispecie imputabili al medesimo soggetto formano il suo "patrimonio giuridico". Entrano qui in gioco le "forme" sulle quali si basano tutte le costruzioni giuridiche. Sono quattro: diritto, dovere, potere e facoltà. La fattispecie può essere imputata al soggetto a titolo di diritto o di dovere. Se a titolo di diritto, spetta al soggetto scegliere se concre-

tizzare o meno la fattispecie. Se a titolo di dovere, il soggetto è tenuto alla concretizzazione nei tempi e nei modi prescritti nella fattispecie. È raro il caso in cui il diritto o la doverosità pervadano l'intera fattispecie. In quella di diritto vi è normalmente una parte prevalente di scelta libera. La si rinviene anche se in misura minima anche in quella di dovere. Quando il soggetto concretizza la fattispecie (per scelta nel diritto, per prescrizione nel dovere), si produce l'effetto. Gli effetti sono stabiliti dalle norme. Le norme, si ricorda, sono una componente essenziale dell'OBG.

Nella fattispecie "potere" (terza "forma" essenziale) il soggetto formula un precetto. Esercita un potere tanto l'organismo di vertice quando introduce una norma, tanto una entità che emette un comando, tanto un soggetto privato che disponga di un suo bene. La concretizzazione del potere produce effetti di tipo legale e di tipo precettivo. Gli effetti legali sono stabiliti direttamente dalle norme con apposite fattispecie. Quelli precettivi sono egualmente stabiliti dalle norme e quindi sono a loro volta legali. Ma le norme dispongono che siano conformi al contenuto del precetto, quale determinato dal titolare del potere. Il contenuto del precetto consiste in una variazione delle discipline vigenti (in conformità a quanto disposto dalla fattispecie astratta disciplinatrice dello specifico potere). L'effetto consistente nella variazione delle discipline in conformità al precetto si produce a mezzo di condotte coordinate previste dalle norme, non per la forza psichica o naturale del titolare del potere.

La "facoltà" (quarta forma fondamentale) consiste in una variazione materiale del mondo esterno che il soggetto è abilitato a compiere. L'effetto della concretizzazione della facoltà consiste nella qualificazione come lecita della variazione prodottasi per effetto della facoltà concretizzata. Alla qualificazione di liceità si collegano altre qualificazioni giuridiche, tutte disposte dalle norme.

31. Quanto siamo venuti esponendo può sembrare complicato e poco pertinente. Ma l'essenza del diritto è proprio in queste nozioni. Sui concetti di fattispecie, di soggetto, di patrimonio giuridico, di diritto, dovere, potere, facoltà e di un gruppo di altri concetti, che forse come numero non superano la trentina, si basano le costruzioni giuridiche dalle più semplici alle più complesse e grandiose realizzate da quando l'uomo ha adottato modelli di convivenza diverse dal branco. Hanno accompagnato l'uomo nella sua straordinaria avventura di appropriazione del pianeta.

32. Chi ha scoperto (o inventato?) le forme fondamentali del diritto, quelle descritte e le altre che gradatamente alle prime si sono aggiunte? La risposta può apparire sorprendente. A scoprire le prime forme essenziali furono la “famiglia patriarcale” (forma iniziale e semplificata di tribù) e la “tribù” nella sua conformazione definitiva.

La famiglia patriarcale ha scoperto l’organismo di vertice (il patriarca), il potere autoritario, la durata del rapporto generazionale estesa all’intera vita, l’appartenenza vincolata alla discendenza, i vincoli dell’obbedienza (il dovere!) alle norme e ai comandi e del rispetto reciproco e dell’autorità.

La tribù fa emergere lo speciale rilievo dell’organismo di comando, introducendo nuove regole per la selezione dei titolari (non più necessariamente il patriarca, ma il più saggio, il più forte, il più gradito) assistiti da altri che la collettività accetta. L’appartenenza al gruppo è resa possibile anche ad estranei, se vi è reciproca accettazione. È esercizio di una facoltà compiere isolatamente un lavoro che non rechi disturbo ad altri. Il frutto del lavoro individuale riconosciuto come proprio di chi l’ha compiuto, primo nucleo dell’istituto della proprietà. Poi il grandioso balzo in avanti rappresentato dallo scambio o baratto. La proprietà dal godimento diretto si amplia al diritto di disporre del prodotto del proprio lavoro. Impliciti sono i concetti di patrimonio giuridico e di potere giuridico. Quando due si incontrano e cedono all’altro un proprio prodotto e la collettività accetta che da quel momento ciascuno acquisti il bene ottenuto in contraccambio del proprio siamo al negozio giuridico. Con i più raffinati concetti cui si è pervenuti dopo una elaborazione durata millenni, siamo in grado di chiarire che il passaggio di proprietà è effetto disciplinato dalle norme, non la conseguenza materiale della stretta di mano, della consegna o delle dichiarazioni verbali.

33. L’eccezionalità delle innovazioni introdotte con il modello della famiglia patriarcale, ma soprattutto con quello della tribù è nel fatto che le “forme” che vengono utilizzate a distanza di millenni sono esattamente le stesse di cui ci si avvaleva allora. L’analisi e la descrizione sono più raffinate, ma la sostanza è la medesima. Ed anche per l’analisi bisogna fare la tara. Perfezionamenti rilevanti si sono avuti con il diritto pretorio romano, con i codici giustinianeî, con i glossari, con il diritto comune, con il Codice napoleonico, con la dommatica tedesca, con la elaborazione dottrinaia posteriore.

La innovazione giuridica ha forza creativa. Ebbe effetti fertilizzanti,

allo stesso modo delle grandi scoperte che hanno scandito la prima fase della evoluzione umana, quali il fuoco, l'arco, la ruota, e così via.

34. Le invenzioni (o scoperte? non prenderemo posizione su questo tema, tuttora aperto) ricevevano attuazione in assenza di qualsiasi norma che le prevedesse. Nell'introdurre le forme, se ne determinava contestualmente il contenuto. La normazione ed i comandi nella tribù non avevano carattere "edittale". Le tribù erano regolate da quelli che oggi definiremmo "fatti normativi". Le discipline vigevano e ricevevano applicazione in virtù del sostegno accordato in modo immediato e diretto dalla Forza sociale, quale si manifestava nelle condotte concrete dei partecipi del gruppo.

Le forme, per effetto della introduzione in vie di fatto, nascevano già piene di contenuti. Ma che la forma sia cosa ben diversa dal contenuto si dimostra con il fatto che le forme sono rimaste sempre le stesse, mentre i contenuti nei millenni si sono arricchiti, completati e modificati in modo incessante.

35. Prima di entrare nel merito delle forme utilizzate dallo Stato, v'è spazio per una breve digressione che, ove convincente, può prestarsi ad interessanti sviluppi. Per forza di cose ci si deve limitare a farne semplicemente cenno.

Le lettere dell'alfabeto di ciascuna lingua variano da circa venti a quaranta. Le note musicali sono sette, i numeri di base nove, divenuti dieci dopo la scoperta (o invenzione?) dello zero. Gli scrittori, i poeti, gli oratori, i burocrati conoscono le lettere dell'alfabeto. Le usano senza accorgersene. Sulla loro base compongono romanzi, saggi letterari e scientifici, poesie, discorsi. Sanno che altro sono le lettere, altro i contenuti per i quali le lettere vengono utilizzate. Lo stesso accade per le note musicali. Sono sempre quelle. Con le stesse si compone tanto il semplice canto del pastore dell'Asia, quanto la più complessa sinfonia, i quartetti, le grandi opere liriche. Lo stesso accade per i numeri. Servono per miriadi di calcoli, di cui alcuni formano costruzioni tra le più complesse cui sia pervenuto l'uomo. Affermazioni analoghe potrebbero ripetersi per i materiali per costruzioni. Il loro numero va ora crescendo. Ma nel complesso appartengono solo a pochi tipi. Con gli stessi si possono realizzare tanto grattacieli di centinaia di piani, sia miniabitazioni. Il diritto non fa eccezione. Se si tiene ferma la distinzione tra le forme ed i contenuti con i quali vengono riempite le similarità è indiscutibile. Né potrebbe at-

tribuirsi importanza alla circostanza che nel caso del diritto, le forme giuridiche e i contenuti si presentano insieme, in modo contestuale. Lo stesso è accaduto per il linguaggio, per la musica, anche per la matematica. Quando la capacità logica di cui l'uomo era, o stava arrivando ad avere il possesso, consentì di rilevare la tipicità degli uomini (od altro alcunché osservato) e di distinguere tra la presenza di più individui da quella con un uomo solo, nacque contestualmente il concetto del numero. E a ciascun numero si è dato un nome diverso.

Il fatto che le "forme" che usa il diritto costituiscano un piccolo numero, mentre incredibilmente vario è il numero delle costruzioni che con esso si possono erigere, che per complessità e dimensione superano spesso di gran lunga i grattacieli e le più straordinarie macchine create dall'uomo, non c'è da meravigliarsi. I settori in cui si espande lo spirito umano sono molteplici. Vi si producono sviluppi la cui similitudine è maggiore di quanto si creda.

Lo si comprende se si tiene fermo, nel diritto come nelle altre discipline, che altre sono le forme, altri i contenuti. Ciò che distingue il diritto dalle altre discipline è che nel diritto le "forme" non sono contrassegnate da segni o simboli, come avviene negli altri casi. I simboli o segni sono di ausilio nella individuazione dei rapporti di causa ed effetto. Il diritto, in assenza di simboli, richiede un maggiore rigore logico.

36. Per individuare le "forme" di cui si avvale lo Stato bisogna distinguere due grandi aree, quella degli apparati e quella delle regolazioni. In entrambe è sempre presente la forma "dovere".

Negli apparati vengono utilizzate forme diverse per l'organismo di vertice e per altri OBG ad esso assimilabili o collegati e per le organizzazioni attuative.

Nella disciplina del vertice le fattispecie contemplano spazi di scelta più ampi. L'oggetto del dovere può essere sia un potere, sia una facoltà. Poteri e facoltà, oggetto del dovere, si caratterizzano per l'ampiezza di scelta lasciata dalla fattispecie astratta con riguardo al contenuto. Quanto ai poteri le sottospecie della normazione costituzionale e di quella ordinaria e delle decisioni politiche sono ben note. Minore attenzione è di solito prestata alla facoltà. Rientrano tra le facoltà tanto le dichiarazioni, quanto i comportamenti. Il ruolo in cui si concretizzano le facoltà nell'organismo di vertice può assumere un peso notevole. Non sfuggono alla Forza sociale, ad esse particolarmente sensibile.

La doverosità è presente anche in tutte le fattispecie attinenti alle or-

ganizzazioni, comprese quelle specializzate e quelle facenti parte dell'organismo di vertice con funzione servente.

Nell'organizzazione, man mano che si scende nella scala dell'autorità, i contenuti dei poteri e delle facoltà formano oggetto di regolazioni sempre più specifiche. Ai poteri politici del vertice, subentrano poteri "discrezionali" in cui il contenuto della scelta viene indirettamente vincolato, pur lasciando un qualche margine di libertà. La tecnica del vincolo indiretto si ispira a principi diversi nei vari Stati. Risponde al fine comune di rendere possibile un controllo sui contenuti.

La "organizzazione" è fondata sui poteri. Le facoltà sono presenti solo ai livelli più bassi.

37. Sia negli organismi che nelle organizzazioni che compongono gli apparati sono presenti fattispecie prescritte di potere come di facoltà. Fattispecie prescritta, con un ristretto margine di libertà con riguardo al tempo, si hanno ad esempio nella promulgazione della legge (quando non sia prevista l'alternativa del rinvio o del voto) e nella pubblicazione della stessa. Facoltà prescritta è quella che fa carico alla polizia giudiziaria di consegnare il condannato allo stabilimento di pena.

Un comportamento prescritto, nonostante l'apparenza contraria, è la concretizzazione del potere giudiziario. La sentenza è in senso stretto concretizzazione di un potere. Si producono effetti giuridici corrispondenti al contenuto della sentenza. Fanno carico al giudice obblighi coordinati. Prendere conoscenza delle prospettazioni delle parti in modo pieno e senza incorrere in errori. Prendere conoscenza in modo pieno e senza incorrere in errori dei fatti assunti come rilevanti dall'una o dall'altra parte. Prendere conoscenza di tutte le norme, dei provvedimenti amministrativi e degli atti di parte attinenti al caso. Valutare la validità delle leggi e dei provvedimenti applicabili. Interpretare la legge e i provvedimenti. Estrarre per via argomentativa senza incorrere in errori logici da questo insieme di fatti e fonti la volontà della legge con riguardo al caso concreto. In via di massima, se non vengono commessi errori, la soluzione dovrebbe essere univoca e certa. Non è così, perché i metodi accettati per la interpretazione della legge e degli atti giuridici sono diversi (interpretazione letterale, sistemica, storica, evolutiva ed altri) e perché la stessa realtà (i fatti) si presenta in modo diverso se muta il punto di osservazione. La cui scelta in molti casi è condizionata dal codice personale del giudice.

Uno spazio di scelta per il magistrato, salvo ipotesi rare, è insopprimibile. Il sistema giuridico limita il periodo di carenza di obiettività, in-

dipendenza e capacità argomentativa introducendo l'istituto della pluralità dei gradi di giudizio.

38. Nell'area della regolazione si rinvencono forme diverse. In esempi rarissimi del passato (Sparta) e in altri recenti, che hanno applicato il principio in misura massima ma la cui durata è stata generalmente breve (regimi collettivisti; ma in URSS sono stati superati i 70 anni), si è tentato di inglobare nella organizzazione la quasi totalità dei partecipi umani dell'OBG Stato.

Lo Stato e gli apparati dovrebbero occuparsi per naturale vocazione dell'ordine esterno e di quello interno e del benessere della collettività, sempre che gli individui non vi provvedano da soli. Lasciare uno spazio dove l'autonomia dei singoli possa esprimersi ed espandersi corrisponde al concetto primigenio di Stato. In queste aree lo Stato non vincola le condotte, le regola. La doverosità è presente, ma ha una funzione ristretta. Vi si ricorre per garantire il rispetto della libertà di tutti. "Servi legum sumus, ut liberi esse possumus".

Nell'area della regolazione, il ruolo dominante è assunto dalla forma "diritto". Oggetto del diritto possono essere, come nel caso del dovere, tanto il potere, quanto la facoltà. Le fattispecie che compongono una catena si qualificano in conformità alla natura di quella che opera come testa di serie della intera catena o di una parte della stessa. Se la testa di serie è un dovere, poteri e facoltà sono autoritari. Se è un diritto, poteri e facoltà sono paritari. Ciò non esclude che casi di autoritarità siano riscontrabili anche nell'area della regolazione. Ma sono apparenti. Sono casi in cui il titolare di un potere paritario, per libera scelta, conferisce ad altri di esercitare una autorità nei suoi confronti. Quando si parla di scelta, di libertà, di parità, ci si riferisce al dato "formale". Si possono raggiungere in regime di parità formale condizioni di autoritarità e di corrispondente soggezione ancora più dure che nel caso della doverosità formale. È citabile il rapporto di lavoro, nell'industria, nell'agricoltura, nella collaborazione domestica, ove la parte più debole non riceva protezione dallo Stato. Parte più debole può essere anche il datore di lavoro se vi sia carenza di mano d'opera.

Implicitamente si è chiarita la funzione della regolazione. Tende ad evitare che una sperequazione tra le forze provochi alterazione del rapporto formale che si vuole resti sostanzialmente paritario. Favorisce l'incremento dei rapporti paritari che si giudicano funzionali all'interesse collettivo. Si scoraggiano le transazioni che appaiono dannose.

39. La prima delle aree oggetto della disciplina edittale dello Stato è quella riservata agli apparati. La seconda, quella riservata ai soggetti autonomi, individui ed OBG. Gli individui nell'esercizio della loro autonomia possono accettare di assoggettarsi ad altro soggetto, che può essere un soggetto autonomo, un OBG o lo stesso Stato. Rientrano tra questi individui che accettino di concorrere alla concretizzazione degli apparati.

L'autonomia è l'area della "libertà". Non è un'area "indefinita". Il suo contenuto è specifico. Consta della titolarità di una molteplicità (il numero dipende dall'ampiezza complessiva dell'area che lo Stato assegna alla autonomia) di fattispecie di poteri e di facoltà. Le fattispecie dei poteri e delle facoltà comprendono spazi di scelta libera, che si aggiungono a quelli inerenti alla forma "diritto". L'autonomia dei partecipi si esplica, sia nel caso dei poteri come in quello delle facoltà, solo nell'ambito della fattispecie di cui si abbia la titolarità. Il superamento degli ambiti fissati dalla fattispecie astratta è sanzionato dalla legge positiva.

40. Ci stiamo avvicinando ad una questione centrale: a chi sia da riconoscere il ruolo dominante nelle condotte, se all'uomo o all'organismo. Che debbano essere entrambi presenti dovrebbe essere pacifico. Ma due precisazioni sono necessarie. Non esistono spazi "naturalisti" di libertà, in cui sia presente il solo individuo e sia assente un qualsiasi modello societario. Se l'uomo non fosse pervenuto alla famiglia patriarcale e alla tribù, vi sarebbe stato il branco o qualcosa di simile. L'uomo si è definitivamente distanziato dalle altre specie animali con la tribù. Ove vi è l'uomo vi è necessariamente un OBG, la tribù oppure, posteriore alla tribù, lo Stato, più recentemente, accanto allo Stato altre specie. Vi sono state per millenni aree del pianeta, nelle quali l'uomo, già differenziatosi dalle altre specie animali, non si era ancora insediato. L'uomo singolo che vi si fosse avventurato da solo avrebbe portato con sé tutto il patrimonio di conoscenza generato dalle tribù. Se le stesse non fossero state più sufficienti od utilizzabili, sarebbe morto.

Quando si parla di tribù, di Stato, di altre specie ci si riferisce allo spazio in cui i comandi e le norme dell'OBG sono effettivi. Nell'ambito della effettività non vi sono spazi liberi. Non esiste un potere innominato con ambito assoluto, così come non esiste una facoltà innominata. Qualsiasi condotta è oggetto di specifica fattispecie e ciò accade entro la sfera di effettività dei comandi e delle norme dell'OBG (principio della completezza di qualsiasi sistema giuridico). Se ciò vale per ogni OBG, vale a maggior ragione per lo Stato, sovrano nel suo territorio.

Poiché lo Stato ha invaso l'intero pianeta, la conclusione è automatica. Non v'è sul pianeta alcuna condotta umana che si sottragga alle norme o comandi di uno Stato. L'individuo e così anche l'OBG, partecipa contemporaneamente ad altri OBG che si aggiungono allo Stato. In caso di contrasto di norme, è il contenuto delle condotte a decidere inappellabilmente a quali delle norme o in quale misura ponderata tra le stesse l'individuo in quel preciso istante ha ottemperato.

41. Non vi è quindi, questa è la prima constatazione, nessuna condotta umana che non sia contemporaneamente condotta anche di un OBG, così come inversamente non vi è alcuna condotta dell'OBG che non sia contemporaneamente (in modo diretto o attraverso la intermediazione di altro OBG) condotta umana.

La questione se la dominanza sia dell'uomo o dell'OBG è quindi ineludibile. La risposta non è univoca. Varia secondo le caratteristiche dell'OBG. Prendiamo per ora in considerazione solo la tribù e lo Stato. Nella tribù la componente dominante è la Forza sociale. I partecipanti del gruppo con il loro movimento generano l'energia che sostiene l'organismo di vertice, e, attraverso la sua intermediazione l'intero OBG. Il movimento degli uomini, mentre genera energia, concorre alla creazione delle forme e dei primi contenuti, concorre sia alla funzione di vertice, che a quella attuativa e sanzionatoria. Nelle condotte il ruolo dell'uomo è sicuramente dominante.

Nello Stato le posizioni si capovolgono. Dominante è l'OBG. Per il principio della completezza entro l'ambito di effettività dell'OBG non vi è condotta umana per la quale non preesista una fattispecie. La condotta vi si deve conformare. Spazi liberi vi sono anche nelle fattispecie di dovere che abbiano ad oggetto facoltà o potere. Quanto al diritto, esso è di per sé un contenitore di spazi liberi. L'uomo, nella totalità del suo essere, può espandersi in tali spazi liberi. Non oltre.

42. Nello Stato tutte le fattispecie sono di origine "edittali". Per "edittali" si intendono le fonti che siano espressione formale dell'organismo di vertice o di organismi ed organi di livello inferiore a ciò espressamente abilitati da quello di vertice. Le norme di fonte edittale, in ogni OBG, salvo che sia espressamente stabilito in modo diverso o contrario, rimangono in vigore fino a quando non modificate o sostituite da altre successive. Man mano che l'OBG diviene più complesso, il numero delle norme e dei comandi anteriori supera di gran lunga quello di nuova

emissione. Il vertice non sarebbe in condizione di modificare d'un colpo tutti quelli anteriori. Oltre tutto i rapporti si stabilizzano e non vi sarebbe né necessità, né convenienza per farlo. Convivono nel sistema norme nuove, norme antiche, altre persino antichissime. Le nuove si integrano con quelle anteriori. Più le connessioni si ampliano, più il sistema diventa rigido e stringente.

Lo Stato, come ogni OBG, persegue "fini". I fini (o scopi), quando anche siano stati formalizzati in norme edittali, sono nella effettività quelli espressi nelle fattispecie in vigore alla stregua della interpretazione complessiva del contesto integrato formato dalle norme recenti e di quelle antiche, comprese quelle del più remoto passato.

La fattispecie che l'individuo "deve" applicare, nonostante la vitalità espressa dall'operatore uomo nella concretizzazione degli spazi liberi, guida la condotta umana nella direzione che nella fattispecie è implicita.

L'effetto è più chiaramente percepibile nell'area degli apparati, ma si verifica anche in quella delle regolazioni. Le regolazioni non sono estranee al processo di concretizzazione dei "fini" dello Stato.

43. Vale per gli Stati quanto è osservabile in ogni organismo, biologico o biogiuridico. Ogni entità è un "esemplare unico". Gli Stati possono essere tra loro simili, specie se appartengono alla medesima area naturale o siano frutto di un analogo processo di sviluppo. Ma vantano serie storiche distinte. Sono necessariamente distinti e diversi l'uno dall'altro.

È rilevante per il singolo uomo, ma nello stesso tempo anche per lo sviluppo umano, dove si trovi collocata la singola fattispecie in cui la singola condotta si trovi inquadrata e come la stessa si concretizzi. Acquistano rilievo le tipologie dell'OBG, le collocazioni nell'area degli apparati o in quella delle regolazioni. Se in quella degli apparati è diverso se la fattispecie faccia parte dell'organismo di vertice o dell'organizzazione attuativa ed in quale parte di questi in particolare. Se la collocazione è nell'area della regolazione è ancora diverso se la fattispecie appartiene ad un organismo minore, connotato da autonomia, oppure ad una organizzazione in cui l'individuo nella sua autonomia si sia volontariamente inquadrato o ad un OBG a partecipazione egualmente volontaria, di una delle specie che si collocano accanto allo Stato.

44. Il pendolo sembra dunque oscillare in favore dell'OBG. Prevarrebbe non il diritto, come la tradizione suggerirebbe di dire, ma la norma in quanto componente dell'OBG, quindi non l'uomo, ma l'OBG. L'uo-

mo singolo può prevalere solo se concorre a creare un miniorganismo, si sia assicurato il controllo dello stesso, e a mezzo di esso sia pervenuto ad insediarsi al vertice del miniorganismo di comando dello Stato o di altri rilevanti OBG. Ma vi sarebbero comunque limiti non superabili. Si collegano alle caratteristiche specifiche della Forza sociale dell'OBG che si crede di avere assoggettata a sé. La Forza sociale, che lo Stato, e quindi il suo miniorganismo di vertice, può immaginare di avere compressa, può imporre, con progressione anche minima, diversi orientamenti od anche inaspettatamente abbattersi con violenza sull'assetto formatosi, modificandolo o travolgendolo.

45. La prevalenza dell'OBG, quale si concretizza nelle condotte, e quindi sugli uomini in generale, è comprovata da due fenomeni, la cui analisi, consideratane la complessità, va per ora rinviata. Qui ci si limiterà a cenni essenziali. I due fenomeni vengono distintamente definiti "meccanismo di sviluppo" e "autoreferenzialità".

Si ha un meccanismo di sviluppo quando molteplici fattori, formati anche per finalità distinte ed in modo del tutto indipendente, in un ambiente dinamico corrispondente ad una parte o alla totalità di un OBG o di più OBG, integrandosi danno vita ad una catena di cause ed effetti, fonte di risultati non previsti, spesso non prevedibili. Il meccanismo aggrega ulteriori fattori e può perdurare in tempi lunghi, fin quando le condizioni sulle quali il processo si sostiene non si esauriscano o si sovrappongano fattori di segno opposto dominanti o il meccanismo comunque si frantumi.

Uno straordinario esempio di meccanismo fu rappresentato dalla epopea del cotone. Il Regno Unito, Stato in cui si produceva non cotone, ma la materia prima competitiva, la lana, divenne il primo produttore industriale del filato di cotone e di cotonati. Il cotone modificò i costumi, introdusse l'abbigliamento intimo, favorì il cambiamento dell'abbigliamento secondo le stagioni, stimolò innovazioni industriali nel sapone, nei coloranti, quindi più in generale nella chimica, fu fonte di straordinarie innovazioni nelle macchine, fu all'origine del motore a scoppio, ebbe effetti indiretti e diretti sulla localizzazione degli opifici industriali, sui modi di produrre e di utilizzare il carbone (coke), sul passaggio dalla ghisa al ferro, poi all'acciaio, generò nuove relazioni industriali da cui derivarono nuovi tipi di OBG (i sindacati), nuove problematiche politiche, con corrispondenti nuovi tipi di OBG (i partiti politici). Le innovazioni convogliarono flussi finanziari, imposero nuove

regole e pratiche bancarie. Si ebbero trasformazioni nella urbanistica, si affermarono nuove correnti letterarie, il pensiero sociologico e politico ne fu fortemente influenzato. Acquisizione non ultima, che avrebbe esercitato la maggiore influenza nei tempi successivi, fu la elaborazione ed applicazione di nuovi principi e teorie politiche. Ogni nuovo effetto ne produsse altri.

Altro caso, quello del “miracolo italiano” (il nome dice tutto), che portò l'Italia, paese sconfitto, privo di materie prime, al primo posto nello sviluppo economico tra gli Stati denominati occidentali in un arco di circa trenta anni (dal 1950 al 1980). Di tali straordinari risultati nessuno rivendicò il merito ed ancora oggi non tutti sono disposti ad accettarli come effetto di un meccanismo.

Caso ancora più clamoroso quello della Cina che, massimo tra i Paesi sottosviluppati, nel corso di poco più di trenta anni (dal 1980 circa ad oggi), si è trasformata a tal punto da poter contendere agli Stati Uniti il posto di prima potenza mondiale e di collocarsi ai primissimi posti nello sviluppo. Il meccanismo è qui rappresentato dall'innesto di nuovi principi su una base preconstituita a tutti altri effetti.

46. Per “autoreferenzialità” si intende il movimento di un organismo complesso che si conformi a regole, meccanismi, finalità, che gli sono stati imposti, ma che sia diventato a tal punto autonomo, che lo stesso organismo di vertice non sarebbe più in grado in tempi brevi, ma anche in quelli medi, di variarne la rotta. L'esempio estremo può essere rappresentato dal modello “Stato”, che ha condotto al capovolgimento del rapporto di dominanza tra l'organizzazione e la Forza sociale. Esempio di autoreferenzialità è costituito dall'attuale regime dell'Unione europea, nel cui organismo di vertice prevale l'organizzazione, con estromissione quasi totale della Forza sociale, relegato in ambiti (quelli degli stati membri) che non coincidono con quello formale dell'Unione.

47. Il subentro dello Stato alla tribù ha prodotto due effetti di blocco. Attengono al piano della teoria. Hanno provocato conseguenze pratiche. Estromessa la Forza sociale, l'area del “giuridico” ha finito per identificarsi nelle sole norme e comandi, espressione formale dell'organismo di vertice dello Stato. Si era discorso per secoli di diritto “naturale”, dei rapporti tra diritto e morale, delle relazioni tra norme dello Stato e norme della Chiesa. Nella realtà non era stato mai seriamente contestato che il diritto da applicarsi dai cittadini e dai giudici fosse l'insieme

delle discipline edittali dello Stato. Il “diritto positivo” era quello dello Stato. Ogni Stato avrebbe avuto il suo diritto positivo. Norme provenienti da altre fonti (la “lex mercatoria”, ad esempio) avrebbero acquistato legittimazione nello Stato solo in quanto ammesse e riconosciute. Gli Stati avrebbero ciascuno riconosciuto il diritto degli altri.

In parallelo si sarebbe giunti alla estromissione di tutte le fonti non edittali. La consuetudine, dominante nel lungo periodo di vigenza del “diritto comune”, avrebbe avuto una riviviscenza in Germania ad opera della “Scuola storica” (Savigny), che si contrapponeva a quella dommatica (Windscheid). In seguito sarebbe stata riassorbita nella generale categoria delle fonti edittali previa una esatta specificazione degli elementi costitutivi.

48. Con la dominanza dello Stato e quindi del suo diritto positivo, divenivano dominanti i contenuti. È in essi che il diritto positivo si concretizzava. Le “forme” scomparvero. Persero ogni autonoma rilevanza. Istituti e concetti comuni, se ed in quanto si volesse pervenire a formulazioni di teoria generale, sarebbero stati estrapolati dai diritti positivi, accertandone le similitudini ed assumendoli a base di sistemi.

Che le “forme” pur tuttavia esistessero ed avessero una propria autonomia, e insieme una prevalenza concettuale, è dimostrato dal fatto che le “forme” inventate (o scoperte?) dalle collettività ordinate in tribù sono rimaste ferme per millenni. Le integrazioni successive corrispondono ad un numero relativamente minimo. Quelle originarie continueranno a costituire la base di ogni costruzione giuridica, di qualsiasi complessità e dimensione.

49. Una volta che le forme siano state identificate, si comprende come autonoma ed insostituibile sia stata e sia la loro funzione. Le “forme” fondamentali sono quattro, dovere, diritto, potere, facoltà. Compongono quattro coppie: dovere/potere; dovere/facoltà; diritto/potere; diritto/facoltà. Le quattro coppie compongono il meccanismo di trasmissione dei voleri dell’organismo di vertice ai livelli inferiori ed alle cellule periferiche dell’OBG. E nello stesso tempo il meccanismo in funzione inversa per la trasmissione di dati ed informazioni al vertice dai livelli inferiori e dagli elementi periferici. Meccanismo questo secondo meno studiato, ma non meno importante. In entrambe le direzioni, con trasferimento ed assorbimento di energie. I contenuti mutano con il tempo ed i luoghi. Le forme rimangono le stesse.

50. Nel rapporto uomo/organismo l'OBG presentandosi sotto forma di Stato, appare dominante. Eppure le cose non stanno esattamente così. È il momento di introdurre un nuovo interlocutore. La condotta è ciò che dell'uomo si manifesta all'esterno. Ma nell'uomo convive il "foro interno". La coscienza, i sentimenti, le inclinazioni, ed altro. Soprattutto la capacità intellettuale. La capacità intellettuale è fonte di conoscenza. È attitudine ad analizzare sia ciò che accade negli incontri/scontri tra gli individui, negli scontri tra il mondo organico e quello inorganico, negli incontri/scontri tra gli organismi, sia le modificazioni che gli uomini provocano espandendo la propria vitalità negli organismi. L'analisi porta alla scoperta di modificazioni che si sono prodotte rispetto al preesistente. Dalle nuove condizioni originano nuovi bisogni. L'intelletto li percepisce, ricerca come soddisfarli, innova.

La capacità di innovare introduce una variante importante. Il nuovo convincimento, comunque originato, diffondendosi diventa in modo talvolta molto rapido fenomeno collettivo. I convincimenti si trasformano in ideologie. Le ideologie non sono solo quelle che hanno ad oggetto i grandi problemi dell'umanità. Esistono le ideologie di settore. Si formano in quasi tutte le discipline (diritto, medicina, economia, biologia, ve ne sono state in astronomia, ecc.). Non meno importanti le mini ideologie, che spesso si celano nelle tradizioni.

Le macro e micro ideologie fanno parte del bagaglio che ciascun uomo porta con sé nell'istante in cui concretizza le sue condotte. Se ci si fermasse qui non si aggiungerebbe nulla a quanto già conosciamo circa il ruolo rispettivo dell'uomo e dell'organismo nella concretizzazione delle condotte. Ma le ideologie, lo si è ora precisato, sono fenomeni collettivi. Variano nella forza e nella estensione. Nell'ambito in cui si affermano, influenzano le condotte quali, in condizioni similari, vengono concretizzate dai partecipi dell'OBG. Le ideologie per il fatto stesso di concretizzarsi in condotte, si consolidano. Scelte innovative non sono ininfluenti. Se penetrano negli apparati, conferiscono alle condotte il carattere di diritto "vivente". È una espressione moderna. In passato si parlava più appropriatamente di interpretazione evolutiva.

51. Sin qui la ideologia pervade l'OBG attraverso le condotte individuali. Ma la propagazione più ampia, efficace, rapida è quella che avviene attraverso la Forza sociale. La ideologia, che sia recepita dalla Forza sociale, può acquistare una forza travolgente. Intere aree coperte da Stati contigui, per effetto di nuove ideologie, possono soggiacere a trasforma-

zioni anche radicali nei costumi, nelle forme di regime, nelle regole di convivenza.

Gli Stati non sono neutri nei confronti delle ideologie. Hanno formato oggetto di alcune tra le più importanti nella storia del mondo. Ne hanno a loro volta provocate. Lo Stato stimola direttamente o indirettamente innovazioni nei modi di convivenza e se ne avvale. Nello stesso tempo è a sua volta soggetto all'influenza delle ideologie. Tra Stato, ambiente, innovazione, ideologia, si forma un "processo circolare" ininterrotto.

52. Ai primi del novecento lo Stato ha completato l'insediamento in tutte le terre abitabili del pianeta. Mentre sembrava giunto al massimo del suo fulgore hanno cominciato ad avvertirsi scricchiolii. La realtà dava evidenza a fonti non edittali. La dottrina registrava "fatti normativi" quali la dichiarazione non regolata dalle discipline positive di uno stato di assedio (concentrazione dei poteri in una data parte del territorio nelle autorità militari), i poteri di urgenza resi necessari da uno sconvolgente terremoto, la formazione in contrasto con il diritto positivo vigente di un nuovo governo, di un nuovo regime, persino di un nuovo Stato. La pluralità dei diritti, con eguale titolo alla legittimazione, veniva riferita non più solo agli Stati, ma a qualsiasi contesto che si fosse formato in autonomia ed avesse acquistato effettività. Il diritto della camorra e della mafia, sul piano formale, veniva posto sullo stesso piano di quello dello Stato. La "pluralità degli ordinamenti giuridici" costituì lo sbocco teorico dei molteplici filoni innovativi. In cosa consistessero gli "ordinamenti", quale fosse il loro substrato materiale, restava incerto. Oggi possiamo dare la risposta: substrato dell'ordinamento è l'OBG. Ogni OBG ha il suo diritto.

53. Due ulteriori innovazioni teoriche hanno eroso ulteriormente il terreno. La prima è la tesi già citata, della completezza di ogni ordinamento giuridico. Implicitamente avrebbe condotto al rilievo formale della effettività.

La seconda innovazione riguarda la distinzione tra Stato-collettività e Stato-organizzazione. Una distinzione che corrisponde a quella qui esposta tra Stato/OBG e Stato/apparato.

La Forza sociale veniva individuata, ma se ne circoscriveva l'ambito ai soli partecipi dello Stato. Lo Stato, indirettamente, continuava a dominare. Che nello Stato si concentrasse tutto il diritto, dalla A alla Z, è confermato da altre celebrate teorie.

Quella “gradualistica” delle fonti, presentata come teoria “pura” del diritto. Ridimensionava il ruolo della legge. La legge corrispondeva ad uno solo dei possibili livelli delle fonti edittali. Sovrintendeva ad altre di grado inferiore. Era soggetta a fonti di grado superiore. Al livello più elevato si collocava una “norma base”. Qui per coerenza con la premessa della “purezza” della teoria ci si dovrà fermare. Dietro la norma base, il “nulla”!

La teoria della “decisione politica” introduceva una importante novità nella analisi del “fatto”. Il fatto non più fattore alterativo del sistema, ma, come “decisione politica” fondamentale, suo sostegno. La “decisione politica”, evolvendo, avrebbe condotto alla “costituzione materiale”. Non unicamente decisione di particolare incidenza, ma tutta la vita che scorre al di sotto delle norme, avrebbe acquistato rilevanza. Doveva essere considerata. Anche in questo caso la formula “Stato” è intervenuta ed ha fatto valere la sua dominanza. Alla costituzione materiale si attribuì valore “normativo”. La si identificò nei principi formulati dal vertice dell’organismo di comando. Tutti vi dovevano prestare osservanza, a partire dagli apparati attuativi, compresa la magistratura. La violazione dei principi della costituzione materiale avrebbe giustificato la irrogazione delle sanzioni più gravi. Sinanche azioni di repressione collettiva. Il concetto, apparentemente teorico, di costituzione materiale divenne così strumento feroce di uno dei regimi autoritari più tenebrosi che la storia abbia generato, quello del “nazismo” in Germania.

54. Mentre lo Stato completava la sua missione occupando ogni spazio abitabile del pianeta, giungeva a piena maturazione, con il concorso degli stessi Stati, la grande rivoluzione, intravista da Adamo Smith. La scoperta delle Americhe e la contemporanea apertura della via marittima per le Indie avrebbero ingigantito la dimensione dei traffici. Si sarebbero imposte imprese produttive (di commercio, di navigazione, poi anche industriali) di dimensioni maggiori di quelle fino a quel tempo praticate. Le potenzialità dei proprietari singoli si rivelavano insufficienti. Sarebbero nati organismi che, appena generati, si sarebbero staccati dai loro fondatori. Le Compagnie delle Indie, olandese, portoghese, inglese, francese ne avrebbero costituito espressione rappresentativa. Né va trascurato il sorgere contemporaneo di ordini religiosi che, nel seno della organizzazione della Chiesa cattolica, avrebbero adottato a loro volta prospettive mondiali. L’attività economica foggì un proprio modello

operativo. Sarebbe stato denominato “impresa”. Fu il prototipo della nuova specie di OBG, distinta dallo Stato.

La differenza essenziale tra Stato ed impresa è nella diversa composizione della Forza sociale. Lo Stato è “organismo sovrano”. Dispone di un territorio e nell’ambito dello stesso esercita (deve esercitare) una effettiva dominanza. Compongono la sua Forza sociale tutte le entità, individui od altri OBG, vicini e lontani, che ricadono nella sfera della sua effettività sia come soggetti passivi, che come interessati ad influenzarne indirizzi ed azioni. Spesso sono in grado di esercitare una autorità di fatto sullo stesso Stato. Sul piano formale, salvo che ottengano la concessione di poteri autoritari da parte di qualche Stato, operano solo con strumenti giuridici paritari. Entrano cioè in rapporti in cui ciascuno si avvale di diritti/potere o diritti/facoltà.

Anche le entità che concorrono alla Forza sociale delle imprese, al pari di quanto avviene per lo Stato, sono quelle che entrano nella sfera di efficacia dell’OBG, quelle vicine come quelle lontane. Anche negli OBG imprese, come nell’OBG Stato, sono presenti un organismo di vertice, una organizzazione attuativa ed organizzazioni dipendenti. Per alcune funzioni (la giurisdizione, ad esempio) le imprese si avvalgono della organizzazione dello Stato oltre che di eventuali organismi propri (collegi arbitrali). I partecipi del livello ultimo di comando (azionisti o soci ad altro titolo), gli amministratori, i dirigenti, i dipendenti, concorrono alla formazione della Forza sociale. Tra i compartecipi della Forza sociale troviamo poi gli appartenenti a parecchie categorie esterne: i finanziatori, i fornitori, i destinatari, potenziali ed effettivi, dei beni e servizi prodotti. In altre parole i consumatori. Non vanno trascurati i consulenti esterni e gli intermediari a vario titolo. Componenti di così varia natura, insediati eventualmente nelle aree più distanti del mondo, sono presenti nella Forza sociale non solo delle imprese sovranazionali, ma anche in quelle medie e persino piccole. La gran parte dei partecipi alla Forza sociale dell’OBG impresa sono altre imprese.

55. Due specie di OBG, non ancora citate, che concorrono alla Forza sociale dell’OBG impresa, con la cui sfera di effettività si instaura un contatto, sono i competitori (la concorrenza) e i mercati. La concorrenza influisce sulla quasi totalità delle altre componenti: finanziatori, fornitori, consumatori, eccetera. Quanto al mercato, è un OBG di carattere del tutto peculiare. Il mercato raggruppa tutte le entità che se ne avvalgono in modo effettivo per concretizzare determinati tipi di scambio. Si

parla di “mercato” e di “mercati” in senso omnicomprendivo. In realtà esistono molteplici mercati, secondo i luoghi, le tipologie degli scambi, la provenienza e la qualità della offerta e della domanda. E così via. La concorrenza si svolge nel mercato, ma non solo.

Ove domina lo Stato, si riscontra in maggior grado la quota di rigidità. Dove dominano le imprese il movimento per varietà, intensità e forza è dominante.

56. La prima specie di OBG produttivo era formata da imprese collegate ai traffici transoceanici. Ma i beni da scambiare, e l'osservazione vale in parte anche per le materie prime, erano di produzione nazionale. L'effetto produttivo ricadeva nell'ambito sovrano degli Stati. E lo stesso accadeva per la domanda intermediata e finale. L'impresa doveva di conseguenza procurarsi uno spazio all'interno dello Stato. L'espansione avvenne nell'area delle regolazioni fin lì occupata dagli individui. Era lo spazio della libertà.

Ha avuto inizio da allora un processo che ha visto le imprese (OBG) sostituirsi gradatamente agli individui. Gli OBG erano più forti, più efficienti, più potenti. Hanno sostituito molti imprenditori individuali, hanno invaso l'area degli artigiani, nelle fasi ulteriori del processo si sono sostituiti agli individui anche nell'esercizio delle professioni liberali, quella che degli individui era stata per secoli appannaggio esclusivo.

La lotta condotta per secoli dagli individui per conquistare maggiori spazi di autonomia nei confronti dello Stato aveva preparato il campo per la rapida diffusione delle imprese all'interno degli Stati. Più le imprese si affermavano, più si restringeva lo spazio degli individui. La libertà, nelle società più avanzate, si è ridotta in larga misura alla sola alternativa della scelta tra l'uno o l'altro OBG in cui collocarsi. Più appropriatamente si potrebbe dire ad “essere scelti” dall'uno o dall'altro di essi. Negli OBG impresa, come in tutti gli organismi, la “forma” giuridica dominante è il “dovere”. Nell'area della regolazione l'individuo in origine disponeva della forma “diritto”. L'operatore individuale si sentiva “libero”. La condotta dell'individuo inquadrato in un OBG impresa è guidata dall'OBG nella direzione segnata dai suoi fini, quali in concreto perseguiti.

57. In contemporanea maturavano tre distinti processi. L'unificazione politica, economica e strutturale della grande area americana, una delle più vaste tra quelle abitabili, tra le più ricche di materie prime e tra

le più omogenee del mondo stimolava la impresa a raggiungere dimensioni continentali. Rivolgendosi ad altre aree del mondo, le imprese americane, poi anche europee, cui hanno fatto seguito quelle di altre regioni del mondo, collegate alle americane od anche autonome, hanno raggiunto livelli multinazionali. Si sono presentate come sovranazionali.

Mentre ciò avveniva nei grandi spazi, gli OBG impresa divenivano all'interno il più importante interlocutore dello Stato. Componenti dominanti della Forza sociale erano interessate alle misure che lo Stato avrebbe potuto introdurre in loro favore e ad eliminare quelle non convenienti. Le imprese avevano molto da offrire. Lavoro per i ceti operai, benessere per la collettività, una maggiore capacità produttiva in attività in cui lo Stato si fosse spinto in funzione del benessere dei cittadini o per le esigenze della difesa e dell'ordine pubblico (di qui la valorizzazione dell'istituto della concessione), una potenzialità produttiva a disposizione dello Stato per soddisfare le esigenze di difesa o di potenza militare. Infine (perché no?), disponibilità finanziarie a disposizione dello Stato (specie per acquistare potere all'estero) e di politici singoli per acquistare potere all'interno.

58. Mentre uno straordinario intreccio di forze e di flussi si determinava all'interno degli Stati tra gli apparati dello Stato (ivi compreso quello di vertice), OBG imprese, individui, ideologie, altre specie di OBG andavano consolidandosi. Tra le nuove due specie interne allo Stato, i sindacati e i partiti, creati dagli individui per contrastare il potere delle imprese all'interno dei luoghi di lavoro e per far valere le esigenze autonome degli individui, come singoli e come collettività. Non di rado anche in tali specie di organismo il sistema delle imprese riusciva a penetrare.

Su altri versanti accadeva l'inverso. Che le attività illecite possano dar vita ad OBG era stato avvertito dalla dottrina quando si era riconosciuto che le norme della mafia e della camorra hanno struttura formale identica a quella dello Stato. Mafia e camorra danno vita ad OBG. La mondializzazione delle attività come ha rafforzato le imprese, così ha globalizzato l'illecito. Sono sorti OBG che operano non solo nei settori tradizionali, ma in ogni possibile campo, droga, produzione industriale di droghe, adozioni, commercio di donne, di bambini, di organi umani. Gli OBG illeciti hanno assunto dimensione globale. Sono combattuti dagli Stati, ma vantano un punto di forza nell'impiego della violenza, anche in misura estrema. Le disponibilità di mezzi finanziari hanno di-

schiuso agli OBG illeciti le porte della finanza internazionale e delle attività produttive. Gli OBG illeciti sono penetrati nel mondo delle imprese a tutti i livelli, da quelli massimi, a quelli minimi, nel secondo caso in funzione di copertura o di intermediazione.

59. Avevamo lasciato volontariamente da parte un dettaglio della relazione tra Stato e sistema delle imprese, cui si collegano ricadute importanti. Le esigenze di difesa hanno esercitato da sempre un ruolo attivo nella stimolazione delle produzioni e delle innovazioni. Senza citare esempi recenti ben noti, lo stesso Alessandro, il più grande tra i conquistatori, non avrebbe potuto spingersi oltre l'Indo, ed imporsi ad avversari potenti anche in regioni lontanissime se non avesse avuto al suo seguito specialisti che oggi qualifichiamo come "genio militare", efficaci ed innovatori che gli apprestarono ponti robusti di barche, macchine complesse per lanciare fuochi al di là delle alte mura a difesa delle città, scale altissime lunghissime e solide per scavalcare le mura e penetrare nelle strutture urbane.

Lo Stato nei millenni è stato il principale promotore delle innovazioni non solo per le esigenze militari, ma anche per esigenze civili, ad esempio per trasmettere ordini e norme alle popolazioni sparse su vasti territori (di qui la scrittura incisa sulle pietre, poi sui papiri), per rendere più celeri e sicure le comunicazioni (il tracciato delle strade, adatto alle ruote ed ai cavalli), poi a tecniche innovative nelle costruzioni dei canali, dei porti, nonché dei mezzi navali e tanto altro.

Con l'avvento degli OBG impresa, le forze dello Stato e delle imprese si sono fertilizzate a vicenda. L'impresa ha realizzato per gli Stati mezzi e strumenti bellici di assoluta innovatività. Hanno trasferito le innovazioni alle produzioni civili. In senso inverso hanno convertito rapidamente, rendendole adatte alle esigenze belliche, le capacità produttive raggiunte dalle produzioni civili. Le esigenze belliche promotrici dunque e insieme fruitrici dello sviluppo produttivo.

60. Un fatto nuovo, anche questo colto dall'acutissimo occhio di Adamo Smith, è l'ingresso dell'impresa (quindi dell'OBG) nel campo della innovazione. Non solo nel ruolo importante, spesso decisivo, di utilizzatore, ma in quello di promotore della innovazione e di organizzatore della ricerca per realizzarla.

61. Una novità sembra si sia prodotta all'inizio degli anni '80. Ci si in-

tende riferire al progetto di “guerre stellari”. Fu decisivo per riaffermare la superiorità tecnologica degli USA sull’URSS e su ogni altro Paese nel mondo. Influi sul crollo dell’URSS. Il progetto quasi certamente ebbe vita grazie alla iniziativa congiunta del gruppo di imprese informatiche facenti parte del distretto di Silicon Valley e del Ministro della Difesa. Per ragioni di segreto militare, anche in considerazione del rischio di insuccesso che il progetto presentava, per circa due anni, almeno fino al 1982, il concorso federale nella spesa fu tenuto celato nei documenti ufficiali. Ma se si è certi che in assenza del finanziamento pubblico il progetto non si sarebbe realizzato, può darsi allo stesso modo per certo che se le industrie non avessero portato avanti autonomamente la sua progettazione coordinata, alla attuazione non si sarebbe addivenuti, comunque non negli stessi tempi.

L’iniziativa autonoma dell’industria informatica ha trovato in seguito un vastissimo campo di espansione nei servizi. Sono stati realizzati e resi visibili archivi imponenti di notizie, documenti, contenuti liberi. La comunicazione tra luoghi anche agli antipodi del pianeta da parte di chiunque, in forme scritte, a voce o per immagine è stata resa possibile a tutti a costi contenuti.

Una innovazione recente, i cui riflessi sugli andamenti sociologici e sulle condotte individuali si vanno enormemente dilatando consiste nella diffusione del pensiero individuale e della comunicazione tra individui, interesse di gruppo o dirette ad aggregare consensi. Il servizio è disponibile nelle società avanzate quasi per tutti. Forme raffinate di utilizzazione sono rappresentate dalla realizzazione di una moneta virtuale e dalla forma di sua concreta utilizzazione. La moneta e le operazioni sono coperte da segreto e, in virtù di appositi accorgimenti, restano effettivamente segreti. Ci si avvale del sistema anche per acquisto di droghe e per operazioni illecite. Il sistema si è sottratto sin qui al controllo od anche alla sorveglianza da parte degli Stati.

62. Con il n. 61 termina la parte introduttiva. Seguiranno quattro capitoli. Nel primo si descriveranno i caratteri dell’organismo come genere, comuni sia agli organismi biologici, sia a quelli biogiuridici. Nel secondo si esamineranno nei dettagli i caratteri delle componenti degli organismi biogiuridici. Saranno esaminati nell’ordine la Forza sociale, la componente umana, la pluralità di norme e comandi, gli apparati (l’OBG di vertice, le organizzazioni esecutiva, attuativa, giurisdizionale, e gli OBG minori collegati), poi le “forme” del diritto ed i “fini” dell’OBG.

Nel terzo capitolo, quarto ed ultimo del saggio, si verificherà se ed in quale misura un metodo basato sulla prospettiva della complessità possa condurre a tecniche ed interventi che potranno risultare utili all'umanità per affrontare e risolvere i complessi problemi della sua convivenza con il pianeta. Compito nel quale la responsabilità dell'umanità è esclusiva e non trasferibile ad altri.

63. La introduzione dovrebbe servire a delimitare l'oggetto e a presentare i problemi. Nel porre la parola fine a questa prima parte ci accorgiamo di avere già detto troppo. Ci accorgiamo invece che dalle riflessioni sono estrapolabili alcune proposizioni, che meritano di essere segnalate. Le elenchiamo:

a) Per raggiungere una maggiore conoscenza dell'Universo è indispensabile la conoscenza delle particelle elementari. Nel fenomeno giuridico l'Universo ha una dimensione precisa. Corrisponde a quella del nostro pianeta. Quanto alle particelle assolutamente elementari, le abbiamo individuate. Consistono nelle condotte effettive degli uomini.

b) Se dagli estremi si passa al livello immediatamente inferiore, sempre con riguardo al diritto, dobbiamo sostituire agli uomini gli OBG, al livello massimo il "governo mondo", a quello minimo le cellule elementari, componenti non ulteriormente scindibili di ogni OBG od organizzazione.

c) Le cellule elementari sono organismi (OBG). Le entità di livello superiore composte con cellule elementari sono a loro volta organismi. Se si considerano le cellule elementari e si ha presente che gli uomini partecipano normalmente a più OBG contemporaneamente, si giunge agevolmente alla conclusione che il numero degli OBG è superiore, probabilmente di gran lunga, a quello degli uomini.

d) Tutti gli OBG di livello superiore sono composti con OBG di primo livello, cioè da cellule elementari. Gli organismi composti sono quindi a contatto diretto con cellule di livello inferiore, e così di seguito fino a raggiungere le cellule elementari. Ad ogni livello di organismo, alla contiguità verticale si aggiunge una contiguità orizzontale.

e) Ogni OBG, a partire dalle cellule elementari, è in perpetuo movimento. Il movimento si trasmette ad ogni OBG. Ogni OBG è contiguo ad altro, e nel senso sia verticale che orizzontale. Non si sa se si riuscirà mai ad identificare e calcolare i flussi di movimenti, verticali come orizzontali, che in ciascun istante percorrono il mondo. Il battito delle ali della farfalla che attraverso una serie di passaggi può provocare un trau-

matico sconvolgimento del pianeta (Lorenz) non è una ipotesi semplicemente astratta. Sono stati citati in precedenza i fenomeni del “meccanismo” e della “autoreferenzialità”. Ne aggiungiamo ora un terzo, il “contagio”.

f) La forma dominante negli OBG è la doverosità. Nella società evoluta, gli OBG si espandono in misura crescente o con un processo continuo nell'area della regolazione in passato riservata agli individui. Il fenomeno si traduce nella progressiva sostituzione della forma “dovere” a quella antecedente “diritto”. Nelle regioni meno sviluppate del pianeta l'area degli individui mantiene pressoché intatta la sua vitalità, ma soggiace ora ad una più forte pressione dello Stato, di OBG impresa e di quella degli stessi OBG e di altri Stati sullo Stato di appartenenza.

64. Le trasformazioni degli ultimi decenni, nella politica, nella economia, nei costumi ed in ogni altro campo, infine nei rapporti tra uomo e pianeta, sono stati influenzati, quando non direttamente provocati, dalla informatizzazione. Si preannunciano ulteriori avanzamenti. Sarà sufficiente, per comprendere l'ampiezza del fenomeno, la menzione della sostituzione generalizzata della tecnologia informatica a quella cartacea, con effetti indotti su molti settori produttivi e sulla geo-economia.

65. Le recenti innovazioni informatiche nel campo dei servizi pongono a disposizione degli individui mezzi per comunicare fra di loro e per diffondere le proprie opinioni praticamente in tutto il mondo a costi incredibilmente contenuti. Una larga fascia di utilizzatori dei servizi è rappresentata da giovani appena al di sopra dell'età della adolescenza. È l'età nella quale è più facile la formazione di convincimenti diffusi basati su luoghi comuni. La riflessione istantanea è influenzabile e fonte di argomentazioni semplici (la sapienza breve!). Il pensiero profondo richiede un tempo di assimilazione, che può essere lungo.

Il pensiero breve capovolge il rapporto di prevalenza tra uomo e OBG nelle condotte. Se si ha riguardo al solo “foro esterno”, prevale la norma. Il convincimento frutto di reale “sapienza” può trasformare l'uomo in fattore prevalente. La facilità di concorrere con altri alla formazione di convincimenti collettivi (“sapienza breve”) riassegna alle norme il primato sull'uomo nelle condotte.

66. Se, per chiudere, si chiedesse quali tra i concetti esposti più di altri concorrano al complesso mondo degli uomini e degli OBG, non si

avrebbe esitazione ad individuarli. Sono l'accertamento dell'autonoma influenza delle "forme" base del diritto e nella concezione della Forza sociale. La Forza sociale è stata collegata non ai soggetti legati al territorio dello Stato, ma ad ogni condotta, da chiunque e da qualsiasi luogo pervenga, nell'istante in cui si concretizzi nell'ambito dell'effettività dell'OBG di riferimento. Forme elementari e Forza sociale sono le innovazioni su cui poggia il concetto di OBG.

Alessandro Mangia

LA RAPPRESENTANZA POLITICA E LA SUA CRISI. UN SECOLO DOPO LA PROLUZIONE PISANA DI SANTI ROMANO*

SOMMARIO: 1. Crisi dello stato e rappresentanza. – 2. Volontarismo, formalismo, istituzionismo. – 3. Istituzione, corporazione, interesse. – 4. La scoperta del *tertium genus* dell'esperienza giuridica. – 5. La rappresentanza nella Prolusione: rappresentanza politica come rappresentanza di 'tutti' gli interessi. – 6. Rappresentanza, partiti e sindacati nello stato della postdemocrazia.

1. *Crisi dello stato e rappresentanza*

Quando mi è stato chiesto di riflettere sul tema della rappresentanza, partendo dalla prolusione di cui oggi stiamo celebrando il centenario, mi è venuto da pensare che, nel diritto costituzionale, ci sono categorie perennemente in crisi. Circa dieci anni fa S. Cassese apriva un suo volume dedicato alle trasformazioni che la forma giuridica statale stava subendo nei suoi rapporti con il potere economico, richiamando il fatto che “di crisi dello Stato si discute fin dagli inizi del secolo XX”¹. E, non a caso, nel dire questo, citava prima di tutti, S. Romano, chiudendo idealmente un cerchio apertosi cento anni prima. O forse, semplicemente, iscrivendosi all'interno di una tradizione che ha sempre accompagnato la riflessione dei giuspubblicisti, ovvero sia il tema della crisi e del cambiamento.

Ora, credo possiamo tutti convenire che, tra i concetti cui sono più facilmente accostabili i temi della crisi e del cambiamento, rientri quello della rappresentanza politica. Ancora nel 1895, e cioè ancora in una fase

* Relazione al Convegno 'Lo Stato moderno e la sua crisi a un secolo dalla prolusione pisana di Santi Romano' organizzato dal Consiglio di Stato e dalla Associazione Italiana Costituzionalisti. Roma, Consiglio di Stato 30 novembre 2011

¹ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari 2002, 3 ss.

di relativa stabilità sociale, V.E. Orlando ci ammoniva che quello di rappresentanza era un concetto *'altamente problematico sul quale i trattati di diritto pubblico, anche più rinomati, o mantengono ... il silenzio ... o non forniscono che poche regole, insufficienti a dare una idea precisa della teoria giuridica che si vorrebbe stabilire'*²

E non è casuale che buona parte della prolusione di S. Romano fosse dedicata proprio a prendere in considerazione la crisi dello Stato in rapporto alla crisi della rappresentanza, intesa come istituto giuridico. Sappiamo tutti – e lo abbiamo già detto stamattina – quale fosse il fenomeno da cui prendeva le mosse la riflessione del Romano: l'avvento del sindacalismo e dell'associazionismo come fenomeni sviluppatasi all'interno dell'ordinamento statutario e con i quali l'organizzazione dello stato liberale dava mostra di non riuscire a fare i conti; e, in correlazione a questo, il fenomeno sociale della rappresentanza di interessi, inteso come alcunché di antitetico rispetto a quel paradigma della generalità della rappresentanza che, affermatosi in età rivoluzionaria, si era poi trasferito, con tutte le sue contraddizioni ed ambiguità, nello stato monoclasse di fine XIX secolo.

1. *Volontarismo, formalismo, istituzionismo*

Il che ci porta subito innanzi al primo problema o, se vogliamo, attorno al primo ordine di problemi. Riguardando la letteratura sviluppata negli anni attorno alla riflessione del Romano – di cui il discorso del 1909 rappresenta una parte significativa, soprattutto se letto in connessione con *L'ordinamento giuridico* – si ricava l'impressione che il Romano fosse, sostanzialmente, un autore antistatale e antipositivista. So di semplificare molto una quantità di posizioni ma, nella letteratura più recente, si trova sovente adombrata l'idea che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, e il rilievo in essa conferito alla capacità delle collettività organizzate di produrre diritto, sarebbe stata una dottrina implicitamente e nettamente contraria alla presenza di un soggetto astratto e immateriale, da cui fare scaturire il precetto giuridico e, pertanto, una dottrina orientata contro positivismo e formalismo giuridico³.

² V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), ora in *Diritto pubblico generale*, Milano 1954, 417 ss..

³ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*

Ora, che i materiali della teoria istituzionale possano essere agevolmente impiegati in una prospettiva antistatale, per celebrare, in nome del pluralismo, la dimensione sociale del diritto, vedendo in questa un diritto che cresce dal basso, è un dato di fatto. E di questo si è avuto riscontro tanto nella rilettura che dell'istituzionalismo romaniano si è avuta negli anni '70, in rapporto all'attività di partiti, associazioni e sindacati (S. D'Albergo)⁴, così come si ha oggi, nel momento in cui guardando oltre lo stato, si pone consapevolmente l'accento sulla capacità della *societas mercatorum* transnazionale di produrre un diritto che possa essere sostitutivo o, nel migliore dei casi, concorrenziale rispetto a quello prodotto dallo stato. E in questo si vede un momento di libertà della società di fronte all'assolutismo di un potere politico incarnato da ciò che resta dello stato (P. Grossi)⁵.

Che tuttavia questo non corrispondesse affatto alle intenzioni del suo autore e che questo, tutt'al più, si risolva in una operazione culturale dell'oggi mi sembra un dato di fatto sul quale, rileggendo Romano, non ci dovrebbero essere molte incertezze⁶. Ed è semmai, una prova della bontà della intuizione di Bobbio per cui, rileggendo S. Romano, sarebbe bene tenere distinta la teoria dalla ideologia: ovverosia tenere distinte la teoria della istituzione da quelli che erano gli obiettivi culturali di Romano e, in secondo luogo, da quelli che sono (o sono stati) gli obiettivi dei suoi interpreti⁷.

Sono diversi gli elementi che spingono in questa direzione.

Intanto, da un punto di vista strettamente storico, è già stato rilevato – e da tempo – che la prolusione non può e non deve essere vista come

(2005), ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano 2008, 669 ss.; *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di S. Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2011, 1 ss. Ma dello stesso cfr. anche *Oltre il soggettivismo giuridico moderno*, *Lectio cathedrae magistralis* in occasione del conferimento della Laurea honoris causa presso l'Università Cattolica di Piacenza, 27 febbraio 2007, ora in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano 2008, 1219 ss.

⁴ S. D'ALBERGO, *Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1974, 451 ss. e quindi *Il potere sociale nella dottrina di S. Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. BISCARETTI, Milano 1977.

⁵ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 688.

⁶ In questo senso già S. CASSESE, *Lo Stato, 'stupenda creazione del diritto' e 'vero principio e vita', nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, in *Quad. fior.* 1987, 501 ss.

⁷ N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., 3 ss.

un evento isolato, ma rappresenta un episodio che, per essere capito, deve essere collocato all'interno di un più vasto movimento culturale, volto a ripensare, all'inizio del secolo, i dogmi classici del costituzionalismo statutario, primo fra tutti il dogma della personalità dello stato: un movimento di cui, ad es., si trova traccia in quei primissimi numeri della *Rivista di diritto pubblico* in cui Ranelletti, Romano e Orlando, ciascuno per parte propria, riflettevano sulla crisi dello stato nella prospettiva della sua conservazione in una congerie politica profondamente mutata⁸: Ranelletti elaborando un contributo magistrale sulla teoria dell'organo e della persona giuridica⁹; Orlando celebrando il ruolo dello stato nella prospettiva, per lui naturale, della separazione tra stato e società¹⁰; Romano, appunto, descrivendo la crisi dello stato di fronte ai fenomeni di differenziazione sociale in corso nell'età giolittiana¹¹.

Ma prove ulteriori di questa affermazione possono essere viste nei passi dedicati dal Romano al problema della produzione normativa e della rappresentanza nei diversi manuali di diritto costituzionale e di pubblico generale, rigorosamente tecnici e formali, che hanno sempre costituito un problema per quegli interpreti che si sono appagati di una immagine del Romano tutta costruita sulla socialità e sulla informalità del diritto.

Prova ne sia, da ultimo, l'ammonimento con cui si chiude la produzione a guardare allo Stato come *'all'unico istituto ... che sia grado di dare vita ad un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale'*¹².

Insomma, è difficile assegnare un ruolo antistatale ad un autore che apre il suo discorso definendo *'l'impersonalità del potere pubblico'* come una *'stupenda creazione del diritto'*¹³ e che lo chiude paventando espres-

⁸ S. CASSESE, *Lo Stato, 'stupenda creazione del diritto' e 'vero principio e vita', nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, cit., 502.

⁹ O. RANELLETTI, *Lo Stato e i suoi organi (concetto, natura, rapporti)* (1909) ora in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. FERRARI e B. SORDI, vol. I, Napoli, 281 ss.

¹⁰ V. E. ORLANDO, *Lo Stato e la realtà* (1910), ora riprodotto con il titolo *Sul concetto di stato*, in *Diritto pubblico generale*, cit., 200 ss.

¹¹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), ora in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano II ed. 1990 (1950), 379 ss. e quindi in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, 3 ss. Le citazioni nel testo sono condotte sul testo pubblicato nel 1950.

¹² S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 395.

¹³ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 382: "L'impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso

samente un ritorno al medioevo del diritto e che imputa, semmai, all'impianto organizzativo dello Stato di primo '900 – fondato sui dogmi della separazione tra Stato e società e della personalità dello Stato – un eccesso di semplicismo e di schematicità a fronte di quelle trasformazioni – sindacalismo soreliano e non – che lo Stato avrebbe dovuto riflettere per governare¹⁴. E ancora, allo stesso modo, è difficile imputare un atteggiamento antistatale ad un autore che guarda con preoccupato realismo alla risorgenza di quel 'potere sociale' che l'ideologia dell'ottocento avrebbe voluto eliminare e che, ai tempi del Romano, si manifestava nella scomposizione della base sociale in una pluralità di associazioni e gruppi istituzionalizzati, tutti muniti di propri interessi, di proprie regole di organizzazione e tutti in lotta per la rispettiva affermazione.

Io, personalmente, ritengo sia vero quello che si dice da tempo, ossia che l'insegnamento del Romano contiene due diverse teorie, non necessariamente dipendenti l'una dall'altra, e cioè quella del diritto come istituzione e quella del pluralismo, inteso anche e soprattutto come pluralismo degli ordinamenti¹⁵. Sta però di fatto che questi due aspetti in Romano – e questo nel discorso del 1909 è chiarissimo – si presentano congiunti, non già per una ineliminabile esigenza logica – che non esiste – ma per una contingenza storica, dovuta al fatto che nel momento in cui scriveva, pluralismo e normatività sociale sembravano procedere di pari

stesso come persona: ecco il principio fondamentale del diritto pubblico moderno: una persona immateriale, ma pur reale; un'entità non fittizia e immaginaria, ma che, pur non avendo corpo, riesce, per mezzo di delicati e meravigliosi meccanismi giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà ... Stupenda creazione del diritto che, ad una facile critica, è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato vita ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente

¹⁴ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 386: 'È constatazione oramai antica e del tutto ovvia, che l'ordinamento politico che seguì alla Rivoluzione Francese – come del resto ogni altro che sia il prodotto di un rivolgimento catastrofico – porti ancora con sé il suo peccato di origine: quello, cioè, di essere eccessivamente semplice. Frutto di una reazione portata alle estreme conseguenze, esso credette di poter trascurare una quantità di forze sociali, che o s'illuse fossero venute meno, o alle quali non diede importanza, considerandole come semplici sopravvivenze storiche, destinate a scomparire in brevissimo tempo ... Si capisce, che la vita sociale, che non è mai dominata dalle regole giuridiche, ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema non consono ad essa, magari accentuando oltre il necessario, come suole avvenire, la contraddizione e la lotta che ne è la conseguenza'

¹⁵ N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., 34 ss.

passo, ed erano due aspetti di uno stesso concreto processo di ridefinizione di quegli assetti sociali e culturali che avevano retto la situazione fin dal momento dell'unificazione.

Insomma, se il secolo precedente aveva visto realizzarsi in Europa un processo, più o meno uniforme, di statalizzazione della società, che si era risolto in un principio di assolutismo al tempo stesso giuridico e organizzativo – di qui, ad es. la riduzione degli ordinamenti particolari all'unico ordinamento statale e l'assorbimento nell'organizzazione dello stato-persona dei residui sociali dello stato per ceti – la fase in cui scrive Romano è segnata dal fenomeno inverso, e cioè dalla risorgenza di quell'associazionismo e di quel particolarismo giuridico che l'ideologia rivoluzionaria dell'800 europeo aveva creduto di eliminare una volta per tutte con la 'stupenda creazione' dello stato moderno. Ed è questa una risorgenza che spiega conseguenze tanto sul piano normativo ed ordinamentale (basti pensare all'attitudine dei corpi sociali ad esprimere una giuridicità autonoma e concorrente rispetto a quella statale) quanto sul piano dell'organizzazione sociale (sul piano, cioè, dell'appartenenza dei cittadini a gruppi ed associazioni ulteriori rispetto a quella grande ed unica consociazione che, nella mente dei suoi ideatori, avrebbe dovuto essere lo stato).

Per cui, tornando a Romano, se prima si poteva parlare di un processo di statalizzazione della società – si pensi soltanto a cosa sono state in Italia le leggi di unificazione amministrativa – ora sembrava il caso di ragionare del processo inverso, e cioè di socializzazione dello Stato e trovare il modo di mettere assieme unità (dello stato) e pluralità (delle associazioni), tanto sul versante organizzativo quanto sul versante ordinamentale. Quindi, se queste due categorie – e cioè la concezione istituzionale del diritto e la teoria del pluralismo – possono e devono essere disgiunte concettualmente, come dice Bobbio, è però chiaro che, in rapporto al soggetto stato e alla sua crisi, dovevano essere viste nel 1909 come due aspetti di uno stesso fenomeno e di un unico problema.

Ma, detto questo, che, anche nella riflessione successiva al 1909, l'obiettivo di Romano fosse il normativismo o comunque, le concezioni formali del diritto, è una illusione dell'oggi, dovuta all'equivoco, per la verità frequente, in cui si incorre nel momento in cui si mettono assieme concezioni positiviste e concezioni volontaristiche del diritto, dando per scontato che siano la stessa cosa: sicchè, negato il volontarismo, dovrebbe venir meno anche il formalismo. Kelsen, ad esempio, è senz'altro un normativista e un formalista, ma è stato anche il più convincente e de-

finitivo demolitore delle teorie volontariste del diritto, se per volontariste si intendono quelle concezioni che risolvono il diritto nel precetto dello stato-persona.

Ora, qualcosa del genere vale anche per S. Romano. La complessità (o, se si vuole, l'anomalia) di Romano sta tutta nel fatto di accompagnare una critica articolata delle concezioni volontaristiche del diritto a una concezione pienamente e limpidamente formale del fenomeno giuridico. E l'elemento che consente a Romano di elaborare questa posizione – che non a caso Schmitt aveva colto benissimo, tanto è vero che vede nella teoria dell'istituzione un 'tipo' specifico di pensiero giuridico¹⁶ – sta tutta nell'intuizione di ritenere o meno l'organizzazione – o come si dovrebbe dire oggi, dopo Hart, il sistema delle norme secondarie¹⁷ – un concetto pienamente e propriamente giuridico. Anzi, la fonte stessa della giuridicità, fino ad arrivare a sostenere, nel lavoro del 1918, la piena identità di diritto ed organizzazione, attraverso la creazione del concetto di istituzione.

Dunque, se l'organizzazione è fatta di norme materiali e non è semplicemente un dato di fatto empirico, irrilevante per il mondo del diritto, l'istituzione è di per sé un *fatto normativo* e dunque esprime una regola che, per esistere, non ha bisogno di essere posta da un soggetto sovrano terzo ed esterno rispetto al sistema degli interessi sociali, perché esiste già obiettivamente, in quanto parte di un ordinamento dato. Ma nondimeno è regola. E nondimeno è positiva. Solo che è stata posta, verrebbe da dire, per fatti concludenti dalle aggregazioni sociali e dal loro modo di at-

¹⁶ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico* (trad. it. di *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934), in *Le categorie del politico* a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna 1972, 260: "Nel suo libro l' *Ordinamento giuridico*, Santi Romano ha giustamente affermato che non è corretto parlare del diritto italiano o francese, riferendosi soltanto ad una somma di regole, mentre in verità è l'organizzazione complessa e differenziata dello Stato italiano o francese, in quanto ordinamento concreto, a produrre tale diritto: cioè sono le innumerevoli istanze e connessioni dell'autorità o del potere statale che producono, modificano, attuano e garantiscono le norme giuridiche, pur non identificandosi con esse. Solo ciò è diritto italiano o francese. 'L'ordinamento giuridico è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura'. Giustamente, Santi Romano osserva che un mutamento della norma è più conseguenza che non causa di un mutamento dell'ordinamento".

¹⁷ N. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie* (1968), ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino 1970, 175 ss.

teggiarsi e funzionare, anzichè dalla volontà di quella persona fittizia che è lo Stato. E ciò – e questo è il secondo passaggio fondamentale della teoria romaniana dell'ordinamento – si basa sul fatto che ad essere normative non sono soltanto le regole di condotta, ma anche e soprattutto le regole concrete di organizzazione. In realtà, se si accoglie l'idea che una organizzazione è fatta innanzi tutto di norme – e soltanto in secondo luogo è un fenomeno sociale – l'istituzione, anziché essere un mero fatto, finisce con l'essere un sistema normativo altamente complesso. Meglio, è un complesso di fatti normativi tra loro interrelati e riconducibili a sistema, tanto da potere essere indagati ed esposti nella loro complessità con metodo rigorosamente giuridico come appunto si fa nei manuali: anche se questo deve essere fatto con riferimento alla dottrina della istituzione¹⁸.

Se si accoglie questo punto è poi relativamente facile trarne le conseguenze: intanto, l'ordinamento è costituito da una molteplicità di fatti normativi e in questa molteplicità hanno un loro ruolo e una loro funzione lo Stato e, all'interno dello Stato, la sua amministrazione¹⁹: ma, l'ordinamento non necessariamente ha da risolversi nello Stato. Accanto all'ordinamento statale possono darsi – ed è naturale che si diano – ordinamenti diversi, interni ed esterni a quello riassunto nello stato; ma non di meno – ed è questo il punto cui mi interessava arrivare – un ordinamento costruito sulla molteplicità dei fatti istituzionali esprime norme pienamente e perfettamente giuridiche, che possono essere indagate ed esposte in una prospettiva rigorosamente formale.

¹⁸ Non è casuale, ad es., che, alla fine di un ragionamento non dissimile da quanto sostenuto nel testo, per Bobbio lo sbocco dell'istituzionalismo giuridico sia 'ancora una volta il normativismo se pure un normativismo più consapevole e più progredito' perché radicato nella realtà dei rapporti sociali: cfr. N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., 29.

¹⁹ Cfr., ad es., G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova 1986, 191: "L'amministrazione, perciò, è anzitutto un fatto costituzionale, che trascende, per la sua funzione complessiva nei confronti dello Stato, la rilevanza e l'efficacia dei fatti amministrativi materialmente intesi ... La novità che di fronte a ciò ha rappresentato lo Stato di diritto, nel quale collochiamo l'esperienza amministrativa che ancora stiamo vivendo, è consistita essenzialmente nel sovrapporre al fatto costituzionale dell'amministrazione un fatto costituzionale più largo e sintetico, rispetto al quale tuttavia l'amministrazione si è posta come uno dei fattori determinanti: sicchè, ad es. ordinamento dello Stato e ordinamento dell'amministrazione non avrebbero potuto pienamente coincidere".

3. Istituzione, corporazione, interesse

Richiamare questi passaggi teorici non è senza interesse per il tema della rappresentanza, dal momento che la capacità dei gruppi di raccogliersi, di farsi istituzione, e di esprimere una propria normatività si dava, ai tempi del Romano come oggi, intorno alla categoria dell'interesse: i gruppi si raccolgono e si aggregano attorno ad interessi comuni e di questi interessi si fanno portatori. Ed è per tutelare i rispettivi interessi che i gruppi sociali creano proprie regole di funzionamento, in ciò esprimendo una normatività che non può essere che concorrente rispetto a quella dello stato.

Ancora, una volta, se mondato dalle valenze antistatali che gli sono state attribuite, il pensiero del Romano è chiarissimo: *“la crisi dello Stato attuale si può ritenere che sia caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni ... : il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato”*²⁰.

Ed è dunque attorno alla categoria dell'interesse che – per Romano – il discorso della crisi dello stato si salda al discorso sulla rappresentanza politica, fino ad indurre a ritenere che la crisi dello stato sia, nella prolusione del 1909, innanzi tutto la crisi dei meccanismi pensati dalla tradizione dello stato di diritto per assicurare la proiezione all'interno dell'organizzazione statale del sistema degli interessi sociali. Il che voleva poi dire crisi degli schemi concettuali che nell'Ottocento avevano descritto il rapporto tra Stato e società.

Il punto su cui mi pare però il caso di richiamare l'attenzione è che, contrariamente all'opinione comune, il tema affrontato dal Romano nella prolusione pisana – e cioè il rapporto tra associazioni e stato – non era affatto un tema sconosciuto alla dottrina giuridica in generale: certo – e questo è un rilievo comune – non era sconosciuto alla riflessione francese dei Duguit e degli Hauriou, che viene tradizionalmente vista come l'*humus* in cui si forma la dottrina dell'istituzione²¹; ma non era sconosciuto

²⁰ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., 393.

²¹ Per tutti cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, in *Quad. fior.* 1972, 243 ss. Che gli studiosi tendano a dare per scontata questa acquisizione, del resto può giustificarsi in relazione a quelle parti de *L'ordinamento giuridico* in cui è lo stesso Romano ad assegnare indicare tra i precedenti dottrinali

nemmeno a quella dottrina giuridica tedesca del XIX secolo, rispetto alla quale oggi si ritiene che Romano abbia voluto profondissimamente rompere e innovare.

Romano e la sua teoria della istituzione, in altre parole, non entrano in scena dal nulla.

Per avere una conferma di ciò basta riprendere le pagine scritte da Robert von Mohl nel 1855 nella sua *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften* a proposito di quelle ‘singole consociazioni naturali’ (*Lebenskreise*) che ‘traggono la loro origine dal lavoro e dalla proprietà’, che ‘si sviluppano ciascuna a partire da un determinato interesse’ e che ‘non possono essere ricondotte né alla cerchia della vita delle singole persone né alla vita dello Stato’²². Già il linguaggio è sorprendentemente novecentesco, anche se von Mohl scrive in una Germania che nemmeno aveva iniziato quel processo di industrializzazione forzata che ne avrebbe sconvolto l’organizzazione sociale dopo il 1871. In particolare, per von Mohl, la peculiarità di tali consociazioni starebbe nel fatto che queste ‘consociazioni di interessi nascono e sussistono indipendentemente dallo Stato e dalla sua volontà, traendo origine piuttosto dalle naturali relazioni degli uomini con determinate situazioni di fatto’²³. Ciò che stupisce è che, come poi avrebbe scritto Romano, anche in von Mohl si afferma che ‘queste consociazioni naturali possono avere anche una organizzazione formale’: il

del concetto di istituzione’ (§ 11 de *L’ordinamento giuridico*, cit., 28 ss.) i *Principes de droit public* nell’edizione del 1917 (cfr. M. HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris 1917). Ed è al concetto di istituzione di Houriou che esplicitamente Romano si rifà quando osserva (p. 33) che “a noi pare ingiustificato il criterio in base al quale l’Houriou ha limitato il concetto di istituzione solo ad una specie di organizzazioni sociali, che avrebbero raggiunto un certo grado di sviluppo e perfezionamento. Oltre le istituzioni, che egli qualifica per corporative, ce ne sono altre che possono, allo stesso titolo, esser ricevute nel sistema del diritto, che, cioè, hanno un’esistenza propria, indipendente da quella di individui determinati, e che sono dotate di una più o meno ampia autonomia. ... Evidentemente l’Houriou è stato trasportato dall’idea di foggiate le sue istituzioni ad immagine e somiglianza della maggiore di esse, cioè dello Stato, anzi dello Stato moderno, mentre si trattava di delineare una figura generalissima, i cui caratteri contingenti possono variare, e variano in realtà all’infinito”. E osservando, subito dopo, che “noi non crediamo che l’istituzione sia fonte del diritto e che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima, ma crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità”.

²² La traduzione del cap. II della sez. I di R. VON MOHL, *Die geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, vol. I, 1855, da cui sono prese queste e le seguenti citazioni, si trovano in L. ORNAGHI (a cura di), *Il concetto di interesse*, Milano 1984, 451 ss.

²³ R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., 459.

che deriverebbe dal fatto che *‘il diritto ad una propria organizzazione non lo possiede in maniera pressoché esclusiva lo Stato, bensì lo possiede ciascuna unione di uomini che ne sia in sè capace, e che sia giustificata nel suo esistere’*²⁴. Certo, lo Stato, inteso come persona giuridica munita di poteri imperativi, può di volta in volta vietare o utilizzare ai suoi fini queste associazioni: può, cioè, entrare in rapporto con queste associazioni secondo uno schema di opposizione o di assimilazione. Nell’uno come nell’altro caso – però – la consociazione rimane nella sua propria natura e ciò perchè *‘queste consociazioni di interessi costituiscono una relazione umana peculiare, da non confondersi e da non riconnettersi né con le situazioni personali né con l’unità statale’*. Semmai, di fronte a queste, lo stato avrebbe *‘unicamente il diritto e l’obbligo di ricomporre all’interno del sistema giuridico quelle organizzazioni che dovessero essere incompatibili con gli scopi dell’unità o con l’eguaglianza di diritti di quei cittadini privati, che con tali organizzazioni coesistono’*²⁵.

Nel che i materiali della dottrina della istituzione sono tutti presenti: originarietà delle consociazioni di interessi; loro diversità strutturale rispetto allo stato-persona; loro capacità di darsi norme giuridiche; loro capacità di entrare in rapporto con lo stato come soggetti qualitativamente distinti da questo. Anzi, a rigore, l’analisi di von Mohl dedicata alle consociazioni di interessi – e cioè ai *Lebenskreisen* – lungi dall’essere appena abbozzata, è tanto articolata e consapevole da spingersi ad affermare che queste associazioni, quanto mai varie, possano essere classificate ed analizzate in rapporto ad alcuni parametri, quali ovverosia la *‘durata’* nel tempo, l’*‘intensità’* e l’*‘estensione’* dell’interesse attorno al quale le consociazioni vanno formandosi²⁶. Da questi elementi deriverebbero le ragioni della forza o della debolezza di queste consociazioni: e cioè, in altre parole, la loro capacità di attrarre consociati e la capacità di esprimere in modo più o meno efficace gli interessi di questi consociati. Non solo, ma proprio per il fatto essere associazioni di individui costruite attorno alla categoria dell’interesse, o meglio, dell’interesse particolare, *‘una delle peculiarità di queste consociazioni è costituita dal fatto che queste non sono minimamente incompatibili ... con la contemporanea partecipazione ad altre simili associazioni’*, dando vita al vero problema da cui aveva preso le mosse la riflessione di von Mohl, ossia l’*‘intersecazione delle sfere di*

²⁴ R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., 460.

²⁵ R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., 460.

²⁶ R. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, cit., 461.

vita sociale'. E può essere di qualche rilievo ricordare che Leibholz, ad esempio, quando ragiona nel 1929 della rappresentanza di interessi e della sua distinzione tra *Vertretung* e *Raepresentation* parte proprio da von Mohl, facendone il primo sostenitore della idea della rappresentanza corporativa; e comunque precisando che lo stesso von Mohl finiva con l'ammettere, accanto alla rappresentanza di interessi, la necessità di una istanza rappresentativa capace di conoscere e di decidere dell'interesse generale²⁷.

Ora, richiamando questi passi non voglio dire che la teoria dell'istituzione e del pluralismo giuridico sia stata scoperta da von Mohl: tutt'altro. In realtà questi passaggi possono apparire sorprendenti solo se si dimentica che von Mohl è soltanto uno degli autori che nell'800 tedesco si sono occupati della teoria della corporazione e che la sua riflessione si colloca nel quadro di un dibattito molto più ampio e articolato, tipico della *Staatslehre* del XIX secolo, sul rapporto tra interesse generale ed interessi frazionali²⁸: un dibattito che il pensiero giuridico e politico di quel

²⁷ G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems*, Berlin und Leipzig 1929. Ma sul punto cfr. La rappresentazione nella democrazia (trad. it di *Die Repräsentation in der Demokratie* 1973), Milano 1983, 269: "Per quanto si sia cercato, nella teoria come nella prassi, di fondare l'unità politica dello Stato a partire da prospettive sindacali, il contrasto essenziale tra la struttura della rappresentanza corporativa di interessi e la struttura della rappresentazione politica si presenta proprio in quelle contraddizioni che non si possono chiarire parendo da una prospettiva corporativistica ... Secondo il progetto costituzionale redatto da Von Mohl a metà del secolo scorso – che prevedeva l'eliminazione della rappresentanza popolare e la ristrutturazione della fundamenta dello Stato su basi corporative – ogni 'ambito di interessi', materiali o spirituali, costituendosi nella vita territoriale collettiva, doveva ottenere una rappresentanza degli interessi particolari. Inoltre le 'rappresentanze composte', formate dai comitati delle rappresentanze particolari, dovevano decidere sulle questioni relative a più ambiti di interesse, mentre una 'rappresentanza generale', formata nello stesso modo ma distinta dalle 'rappresentanze composte' doveva decidere su questioni riguardanti la totalità ... Così, ad esempio, per richiamare solo gli aspetti più importanti, le deliberazioni della rappresentanza generale dovevano essere perentorie, e non potevano essere messe in dubbio da nessuna assemblea di ceti; mentre la rappresentanza generale, da parte sua, doveva detenere un diritto di veto nei confronti delle deliberazioni della rappresentanza per ceti ... In questo modo, la rappresentanza generale sostenuta da von Mohl diventerebbe nella realtà politica un fattore 'decisivo' dell'intera vita dello Stato: rappresenterebbe il popolo allo stesso modo di come lo rappresenta il parlamento entro il sistema rappresentativo e, in contrasto con l'assunto di von Mohl, non attuerebbe la rappresentanza dei singoli 'ambiti di interesse'".

²⁸ Sul che cfr. almeno L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano 1984.

periodo aveva risolto – o cercava di risolvere – restando fedele alle linee dell'hegelismo giuridico e dunque guardando allo Stato come al soggetto cui doveva spettare un compito di naturale armonizzazione di questi stessi interessi concepiti come sistema: ciò che, per restare al linguaggio e alle categorie delle *Grundlinien*, che di quella riflessione costituivano lo schema di fondo, veniva definito la realizzazione – e cioè la traduzione in realtà – dell'idea etica²⁹.

Per avere prova di ciò basta pensare all'indagine svolta all'incirca negli stessi anni da Lorenz v. Stein³⁰ sulla società intesa come sistema degli interessi dialetticamente contrapposto allo Stato: un sistema del quale però potevano essere ricostruite le leggi di fondo, proprio muovendo dalla dimensione dell'interesse, fino a costruire una dottrina della società (*Gesellschaftslehre*), e cioè una scienza sociale, simmetrica e speculare rispetto a quella dello stato (*Staatslehre*).

Quel che più ci importa, però, è che nel quadro della riflessione più classica sullo *Staatsrecht*, von Mohl, non fosse affatto un autore isolato nell'affrontare queste tematiche e, soprattutto, nel riconoscere ai gruppi sociali una capacità di autonormazione originaria e indipendente rispetto a quella statale. Se la sua impostazione si caratterizzava per il fatto di identificare il fulcro di queste associazioni in interessi che traggono la loro origine dal lavoro e dalla proprietà – le sopravvivenze della società per ceti spazzata via in Francia dal dogma della rappresentanza generale e in Germania dal dogma della personalità giuridica dello Stato – bisogna ammettere come un altro cospicuo filone della dottrina del *Rechtstaat* avesse cercato di risolvere questo stesso problema muovendo sì, come faceva von Mohl, dal concetto di interesse come elemento aggregante alla base dell'associazione, e tuttavia con la differenza, tutt'altro che secondaria, per cui questo interesse avrebbe dovuto essere identificato su base *territoriale* e non già su base *economica* o *funzionale*.

Intendo alludere, più precisamente, a quelle dottrine contrattualistiche – poi rielaborate ed attualizzate da von Gierke nel suo lavoro sull'Althusio³¹ – che vedevano la fondazione del potere statale in un processo di

²⁹ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, (trad. it di *Grundlinien des Philosophie des Rechts*, 1821) a cura di V. CICERO, Milano 1996.

³⁰ L. VON STEIN, *Geschichte der socialen Bewegung in der Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Leipzig 1850, di cui si trova una traduzione parziale in L. VON STEIN, *Opere scelte*, I, *Storia e società*, a cura di E. Bascone Rimiddi, Milano 1986, 97 ss.

³¹ O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle dottrine politiche giu-*

progressiva espansione delle naturali forme di associazione umana e che dal basso arrivavano fino alla sommità, rappresentata, ancora una volta dalla figura dello Stato. La *consociatio* di Altusio si origina in modo tale che dalle associazioni più ristrette ed inferiori traggano origine e fondamento altre associazioni, sempre più ampie e inclusive, seguendo uno schema che dalla famiglia arriva fino allo stato passando attraverso la corporazione, il comune, la provincia. Ciò che Gierke aggiunge allo schema di Altusio è l'idea che ciascuna di queste comunità si dovrebbe aggregare attorno a determinati interessi ed esistere al fine di perseguire l'autogoverno e l'autoamministrazione questi stessi interessi. Corollario di questo schema è che, ovunque la singola comunità parziale venga amministrata in questo modo, essa possiede una propria struttura decisionale e dunque un diritto suo proprio, in un processo di continua costruzione e di continua attualizzazione della sovranità popolare. E che Romano fosse consapevole del nesso tra queste tesi e la sua dottrina della istituzione emerge, se non altro, dal quel paragrafo de *L'ordinamento giuridico* (cap. II, § 32) per cui alla tesi di von Gierke secondo cui 'è capace di produrre diritto ciascuna comunità organica', si oppone che al concetto di 'comunità' va sostituito quello di istituzione 'che è più largo e ci sembra più completo, oltre che intrinsecamente giuridico'³².

Altro vero, sostanziale motivo di disaccordo con la dottrina di Gierke, Romano non trova. Tanto è vero che in Germania, dove si è avuta, sulla scorta di Schmitt, una recezione attenta dell'istituzionalismo

snaturalistiche (trad. it. di *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, 1880), Torino Einaudi 1974, su cui E. TATARYN-TARNHEIDEN, in *Il concetto di interesse*, antologia a cura di L. ORNAGHI, Milano 1984, 567.

³² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze 1977, 131 ss.: "Così i principi teorici, che abbiamo svolti, come gli esempi pratici, ai quali abbiamo accennato e che si potrebbero moltiplicare, confermano dunque la tesi, che ogni istituzione si concreta in un distinto ordinamento giuridico, che non può trovare il suo fondamento e il suo appoggio in quello statale, cui può anche, nel senso suddetto, contraddire. Da questo punto di vista, noi ci accostiamo alla dottrina, che ha trovato il suo più strenuo sostenitore nel Gierke, ed ha numerosissimi seguaci, secondo la quale è capace di produrre il diritto ciascuna comunità organica. Da questa dottrina noi però ci allontaniamo in diversi punti. Anzitutto perché al concetto di comunità sostituiamo quello di istituzione che è più largo e ci sembra più completo, oltre che intrinsecamente giuridico. In secondo luogo, perché, mentre essa tiene fermo il principio comune che il diritto obiettivo sia un complesso di norme, di regole o precetti, noi lo consideriamo non come il prodotto dell'istituzione, ma come l'istituzione stessa. Infine sul fondamento del diritto, non accogliamo le varie opinioni che sono state formulate da coloro che seguono la dottrina suddetta".

romaniano, le consonanze teoriche con Gierke sono state rilevate da tempo e costituiscono patrimonio comune degli studiosi³³.

È questa una notazione non secondaria, dal momento che è da questo diverso modo di concepire e fondare il potere pubblico che ha preso le mosse larga parte del dibattito italiano sugli enti autarchici e sulla capacità di queste associazioni naturali a base territoriale di autoamministrarsi e di esprimere perciò proprie, autonome, regole di organizzazione. Molto di questo discorso – lo sappiamo – è stato trasfuso nell'art. 5 cost., o perlomeno nella lettura che dell'art. 5 è stata data, nel dopoguerra, da autori come G. Berti, i quali, non a caso, hanno visto in una prospettiva di continuità il concetto di organizzazione e il concetto di autonomia, rinvenendo in entrambi un fenomeno di autonormazione originaria³⁴.

4. La scoperta del 'tertium genus' dell'esperienza giuridica

Ora, se ho impiegato tanto dello spazio riservatomi per richiamare il dibattito ottocentesco sull'interesse e la corporazione, è solo perché, se colta da questo punto di vista, la dottrina romaniana della istituzione, e i problemi che la istituzione pone alla unicità della persona statale, appare molto meno innovativa di quanto non si creda e si rivela caratterizzata da robuste linee di continuità con la riflessione giuridica sul *Rechtsstaat*: a

³³ Sulla recezione tedesca dell'istituzionismo romaniano cfr. M. FUCHS, *Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, Berlin 1979 e quindi, in italiano, M. FUCHS, *La 'Genossenschaftstheorie' di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1979, 65 ss. Ma sulla stessa linea già A. TARANTINO, *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano*, in *Riv. int. fil. dir.* 1977, 682 ss. Su questi e altri profili del percorso culturale di S. Romano e sulle sue ascendenze culturali cfr. ora M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive di ricerca*, in *Quad. fior.* 1981, 169 ss. dove le tesi di Fuchs e Tarantino vengono sottoposte ad attenta valutazione. Da ultimo può essere interessante rilevare che la traduzione tedesca de 'L'ordinamento giuridico' (S. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, Berlin 1975) sia stata curata proprio da un allievo di Schmitt, e cioè da quel Roman Schnur che in Italia è noto soprattutto come autore di diversi contributi sul tema della guerra civile e sulla instaurazione di fatto degli ordinamenti giuridici (cfr. ora R. SCHNUR, *Rivoluzione e guerra civile*, Milano 1986).

³⁴ G. BERTI, *Commento all'art 5*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 277 ss. ma cfr. anche *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1994.

condizione, evidentemente, che di questa riflessione si voglia dare una immagine complessa e non stereotipata, tutta appiattita sulla recezione realizzata in Italia di Laband e Jellinek, nei confronti della quale fare reagire l'innovazione romaniana.

Sicchè, se si vuole guardare alla teoria dell'istituzione da questo punto di vista, non sembra troppo fuori luogo il rilievo rivolto nel 1924 da Orlando all'allievo 'eretico'³⁵, per cui, in fondo, la sua dottrina della

³⁵ V.E. ORLANDO, *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea* (1924), ora in *Diritto pubblico generale*, cit., 319 ss.: "La sostanza veramente caratteristica della dottrina del Romano, svolta nel suo recente *Ordinamento giuridico* si può riassumere in questo principio da lui affermato ed illustrato: la tendenza a darsi un ordinamento giuridico, con propria organizzazione e proprie norme, non è già un carattere esclusivo dello Stato, ma di qualsivoglia entità sociale che si costituisca naturalmente o volontariamente dentro lo Stato o anche al di là di esso. E dopo di avere affermato che, a voler definire un intero ordinamento giuridico, non può bastare avere riguardo alle singole parti di esso, cioè alle norme che vi si comprendono, ma bisogna invece 'colpire la nota caratteristica, la natura dell'insieme e del tutto', dopo di aver trovato questo elemento unitario nella 'istituzione', ed aver fatto consistere l'essenza della istituzione in una 'organizzazione sociale', il Romano conclude coll'attribuire allo Stato questa carattere di istituzione, carattere, però, non esclusivo, ma comune con altri corpi o enti sociali. Or se questo studio può presentare e presenta non solo un grande interesse giuridico, ma anche un contributo genialmente originale, non per ciò si è autorizzati ad affermare quelle dottrine siano in assoluto contrasto con le teorie tradizionali e che abbiano un carattere scientificamente rivoluzionario. Poiché io sono ormai passato nel novero venerando degli 'antenati', e citato come un rappresentante delle dottrine tradizionali e passatiste del diritto pubblico (chi me lo doveva dire, quando cominciai, apprendo un arduo innovatore!), io posso citare qualche brano di scritti miei in cui il concetto che collega lo Stato e il diritto ad una origine necessariamente unitaria, come effetto della organizzazione di un corpo sociale, è espresso in maniera non sufficiente tanto da farmi pretendere a un qualsiasi diritto di priorità, ma abbastanza perché io possa affermare che quell'ordine di concetti non è per nulla incompatibile con quelle teorie tradizionali in nome delle quali, a quanto pare, io sono autorizzato a parlare. Così, persino nel mio trattato affatto sintetico (e perciò non vi è da aspettarsi sviluppi) dei *Principii del diritto costituzionale*, pubblicato nel 1888, io affermavo che la nozione di Stato sorge in quanto la società (il corpo sociale) si concepisce organizzata politicamente per la tutela del diritto (n. 4), riaffermo tale concetto unitario in relazione alla personalità giuridica dello Stato (n. 6) e aggiungo: 'se ogni istituto giuridico viene, non diremo creato, ma certamente riconosciuto dallo Stato, bisogna dire che lo Stato costituisca esso stesso un istituto giuridico, anzi l'istituto giuridico per eccellenza' (n. 7).

Intendiamoci bene. Lungi da me la fatuità di fare questioni di precedenza che sarebbero non so se più piccine o più arbitrarie. Io so bene che altro è esporre un concetto in forma sporadica, altro è fondare una teoria, così come nessuno attribuisce il merito della scoperta dell'America ai Normanni, che pure sin dal secolo X erano sbarcati nel Labrador, ma bensì a chi osò risolvere sistematicamente un formidabile problema sulla maniera d'essere della Terra. Come dissi e ripeto, io, con quelle citazioni, questo solo ho voluto

istituzione non sarebbe stata una radicale novità nel quadro della riflessione scientifica, ma sarebbe stata semmai una acuta e opportuna valorizzazione di materiali e riflessioni già diffusi tra gli studiosi. Viene da dire che, forse, la vera novità era nei confronti dell'immagine che dello *Staatsrecht* proveniva dalla mediazione orlandiana, tutta incentrata come era sulla impostazione pandettistica di Jellinek e Laband. Certo, la dottrina della società (*Gesellschaftslehre*) di Von Stein e Von Mohl si era fermata a rilevare l'esistenza di una terza dimensione tra l'individuo e lo stato, non riconducibile, rispettivamente, alla dimensione del diritto privato e del diritto pubblico e non era andata oltre; certo era stata oggetto di una forte reazione scientifica e ideologica da diversi autori – J.K. Bluntschli per primo³⁶ – che ritenevano addirittura dannoso per la integrità dello Stato sviluppare una qualche forma di riconoscimento delle consociazioni di individui. Sta comunque di fatto che l'indagine ottocentesca sul diritto spontaneo dei *Lebenskreise* di von Mohl e sulla autonomia normativa delle *Genossenschaften* di von Gierke testimoniano come i materiali per l'innovazione romaniana – e cioè la scoperta della normatività sociale e la costruzione del diritto per fatti sociali normativi – fossero tutti già presenti, vuoi da un punto di vista teorico, vuoi da un punto di vista ideologico, e attendessero solo di essere rielaborati e condotti alle estreme conseguenze.

Sicché, da questo punto di vista, la grandezza dell'intuizione di Romano sta nel fatto di avere costruito una concezione del diritto fondata su quel *tertium genus* dell'esperienza giuridica che i teorici dello *Staatsrecht* avevano faticato ad inquadrare, non potendola ricondurre a quelle sfere del diritto pubblico e del diritto privato in cui avevano suddiviso il loro sistema in ossequio al dogma hegeliano della separazione tra Stato e società; o che avevano confinato in una area residuale di quel sistema, proprio perché questa intuizione andava a cozzare contro i presupposti

dimostrare; nessuna incompatibilità sostanziale esservi fra le ardite posizioni del nostro giurista e le cosiddette teorie tradizionali. Ciò, per altro, è affermato in maniera incisiva e precisa dallo stesso Romano, quando, parlando della sua nozione di diritto obbiettivo, osserva che i confini che egli assegna ad essi sono, dopo tutto, quelli che la tradizione gli ha sempre materialmente assegnati, se anche con una definizione teorica, che egli ritiene inesatta (*Ord. Giur.*, p. 88)".

³⁶ Sulla recezione in Germania degli insegnamenti di von Mohl e von Stein, soprattutto da parte degli esponenti della Scuola storica come Bluntschli e von Treitsche, e per la polemica da questi condotta verso queste concezioni 'dissoltrici' della unità di *Staat* e *Volk*, cfr., ampiamente, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano 1979, 171 ss.

teorici di tutto l'edificio dello *Staatsrecht* che, costruendo lo Stato come persona, doveva muoversi in una prospettiva di manifestazioni di volontà e non poteva concepire ordinamenti obiettivi se non come manifestazioni secondarie delle prime.

Dunque la grande innovazione del Romano sta nell'aver ridefinito i termini del problema che gli provenivano dalla tradizione precedente, prima affermando che tutto il diritto – e dunque non solo il diritto delle corporazioni ma anche il diritto statale e sovrastatale – non sarebbe altro se non un fenomeno di organizzazione di un gruppo sociale; e quindi tradendone le definitive conseguenze applicative, innanzi tutto nella tesi per cui il diritto obiettivo non sarebbe stato il prodotto della istituzione – ecco l'errore di von Gierke – ma avrebbe dovuto coincidere con la istituzione stessa. Il che, tra l'altro, portava con sé le premesse per procedere alla demolizione del concetto di Stato come persona giuridica e del diritto come volontà di questa persona espressa attraverso suoi organi³⁷. Meglio: la conservazione della personalità giuridica dello stato sarebbe stata possibile solo a condizione che si riconoscesse che questa persona ripeteva il suo fondamento *aliunde*, e cioè nell'ordine sociale, e che questa persona avrebbe dovuto coincidere con l'ordine oggettivo delle norme, e cioè con la istituzione-ordinamento. Da qui discende il suo definitivo allontanarsi dalle costruzioni della scuola labandiana dello *Staatsrecht* e da qui la sua originalità per il tempo.

Sicché, se vogliamo prendere sul serio la chiosa di Orlando, dobbiamo leggerla come una preziosa indicazione, e comprendere che molto della grande innovazione romaniana sta nel fatto di aver colto, all'inizio del secolo, che la tradizione giuridica precedente aveva in sé tutti gli elementi atti a spiegare la crisi in corso dello Stato e, soprattutto, a controllarla nella prospettiva del mantenimento della centralità della persona giuridica statale in una situazione in cui, diversamente dal passato *'le organizzazioni delle varie classi si moltiplicano in maniera prodigiosa. E moltissime assumono, ora in modo larvato, ora apertamente, un atteggiamento antagonista di fronte allo Stato'*³⁸.

Ed è qui che, in Romano, si realizza quella divaricazione tra teoria e ideologia segnalata da Bobbio. Dico questo perchè, come si accennava in apertura, ho l'impressione che il problema che si pone Romano – e che

³⁷ S. ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1953 (1947) 145.

³⁸ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit. 388.

emerge chiaramente nella prolusione – non sia affatto quello di celebrare la socialità del diritto, dichiarando la fine dello Stato. Questo, semmai, è stato l'intento dei suoi lettori, e nemmeno di tutti.

Il problema di Romano, piuttosto, era quello di riuscire a conservare lo Stato come potere obiettivo e, soprattutto, come un necessario centro di sintesi della molteplicità degli interessi sociali che si andavano costruendo in loro indipendenti cerchie giuridiche. Il che, secondo Romano, poteva essere realizzato soltanto conducendo questi interessi all'interno dello Stato, modificandone struttura e funzione. In questa chiave, ad esempio, va letto il rilievo su uno stato *'troppo semplice e troppo poco articolato'* per accogliere in sé e controllare la nuova complessità che la sua epoca stava sperimentando. E in questa chiave va letto l'invito a costruire e non alzare barricate di fronte alla nuova organizzazione sociale che si andava delineando.

Se volessimo usare una terminologia romaniana, dovremmo dire che lo Stato-persona era una istituzione che si stava allontanando dal suo substrato reale e rischiava perciò di perdere capacità (e legittimazione) a governare quella miriade di interessi attorno ai quali si aggregano e sorgono le istituzioni sociali, prima fra tutte quella macroscopica istituzione sociale in cui le tesi di Romano risolvevano lo Stato.

5. *La rappresentanza nella Prolusione: rappresentanza politica come rappresentanza di 'tutti' gli interessi*

Alla luce di ciò, è soltanto naturale che Romano veda la crisi dello stato principalmente come crisi della rappresentanza e buona parte della Prolusione sia destinata alla trattazione di questo tema, dal momento che questo avrebbe dovuto essere l'istituto attraverso il quale realizzare il ponte tra le due diverse dimensioni della statualità (ancora concepita in base ai dogmi labandiani) e della società (ora costruita sulla pluralità degli interessi e della loro organizzazione). Dice Romano: *'È l'istituto della rappresentanza politica che qui conviene menzionare come quello che per più rispetti ha nessi indiscutibili con il nostro tema, giacchè si propone per l'appunto il fine di mettere in immediato contatto la costituzione dello Stato con la costituzione della società, le istituzioni con gli elementi mobili e fluttuanti della vita pubblica'*³⁹ Ora, a parte il fatto che qui sembra darsi

³⁹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 392.

per scontato che ormai la società abbia già una sua costituzione – e cioè un suo assetto organizzativo – atta a confrontarsi con la costituzione statale, è chiaro che, nel momento in cui lo stato continua ad essere concepito solo come soggetto sovrano, mentre la società inizia ad articolarsi per organizzazioni normative autonome, ci si trova in una situazione assai diversa rispetto a quella descritta nel XIX secolo da von Mohl o da von Gierke.

E questa diversità non è data tanto dalla novità del fenomeno, che abbiamo visto ben noto, della autoorganizzazione sociale, quanto dalla *misura* e dalla *intensità* di questo organizzarsi per vie che prescindono dallo stato. Insomma, rileggendo la Prolusione, l'impressione è che a determinare la crisi dello stato non sia il fatto che la società vada organizzandosi per vie sue, nè che questo avvenga per perseguire interessi particolari: questo, in fondo è sempre avvenuto. La crisi dello stato verrebbe dal fatto che, d'un tratto, lo stato, costruito sulla primazia del potere pubblico nei confronti degli interessi sociali, non sarebbe più in grado di svolgere quella funzione di governo dei naturali movimenti interni alla società, trovandosi escluso non solo dal circuito di formazione di questi interessi, ma essendone pericolosamente isolato.

Ed è qui che si trova la critica più penetrante rivolta da Romano al concetto di rappresentanza *‘L'opinione più diffusa afferma adesso che ciò che si dice rappresentanza politica solo inesattamente o, tutt'al più per finzione giuridica conserva siffatto nome, poiché essa, per come è regolata non dà vita a nessun rapporto fra eletti ed elettori, che sia un vero rapporto di rappresentanza’*⁴⁰. Emerge, insomma, quanto aveva già messo in luce qualche anno prima V.E. Orlando⁴¹, quando aveva negato che esistesse

⁴⁰ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 392.

⁴¹ V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, cit., 448: “Ed è così che, logicamente e storicamente, noi siamo pervenuti a riconoscere la portata intima del principio della rappresentanza. Esso contiene un punto, che è comune a tutte le forme di governo; ed è che l'alta direzione dello Stato deve appartenere ai più capaci. Ciò che caratterizza la forma rappresentativa, è la maniera con cui si determinano. È incontestabile che il criterio delle società primitive, la forza fisica o l'età, non basta più. E parimenti, il criterio delle democrazie dirette, la semplice qualità di cittadino, è anch'esso insufficiente; e ciò è dovuto non soltanto a grandi difficoltà materiali evidenti, ma anche al fatto che nei grandi Stati moderni, la differenziazione delle attitudini è in somma grado considerevole. E meno che mai si può sostenere il privilegio della nascita o la nomina da parte del sovrano; giacché un tal criterio è manifestamente incompatibile con le tendenze democratiche dell'epoca attuale. Si presume che il più capace, il *melior terrae*, sia colui ch'è designato dalla scelta d'un corpo elettorale. Gli elettori occupano qui il posto che,

alcun rapporto giuridico tra eletti ed elettori ed aveva risolto il fenomeno elettorale nella sua dottrina della elezione del rappresentante come semplice *'designazione di capacità'*, in termini non troppo diversi dalla preposizione ad un ufficio. Solo che Orlando scriveva in una fase politica in cui ci si poteva ancora limitare a inquadrare l'elezione delle camere come un problema di determinazione della composizione di un organo dello stato e poteva concludere che tutti i problemi della rappresentanza derivavano dal fatto che materialmente l'istituto mancava il suo obiettivo e cioè *'la selezione dei capaci per affidare loro l'esercizio delle più alte funzioni della vita pubblica'*. Per Orlando, insomma, la crisi della rappresentanza era, con il linguaggio dell'oggi, e ben prima di Mosca e Pareto, un problema di selezione della classe politica: non un problema di modello. Insomma, semplificando un po', possiamo dire che, nel 1885, secondo Orlando, per fare funzionare l'istituto e garantire la tenuta del rapporto tra società e stato monoclasse, sarebbe stato in fondo sufficiente che i *'capaci'* fossero effettivamente selezionati a guidare lo stato.

Romano non troppi anni dopo si trova nella situazione di dovere andare oltre e vede la carenza del sistema rappresentativo statutario nel fatto che questo non è in grado di veicolare all'interno dello stato non le capacità dei singoli, ma il sistema degli interessi sociali. Tanto è vero che *'Quello di rappresentanza, insomma, è un concetto vuoto, che ha soltanto valenze negative, e cioè una valenza oppositiva rispetto al principio regio ed aristocratico, per negare che il popolo possa essere soggetto ad uno solo o a pochi'*. Il suo compito effettivo, che dovrebbe essere quello di mettere in comunicazione lo stato con il complesso degli *'elementi mobili e fluttuanti'* della società, non viene assolto, né potrebbe esserlo quando i rappresentati sono migliaia di persone e costituiscono una base sociale ormai tanto disomogenea e differenziata da non potere essere realisticamente rappresentata: e cioè rappresentata in termini sostanziali e unitari.

Il punto è che, con questo richiamo al bisogno di dare sostanza all'istituto della rappresentanza politica, Romano nel 1909 si ferma: esamina le diverse proposte di corporativizzazione del sistema rappresenta-

nelle forme aristocratiche, spetta alla nascita e, nelle forme dispotiche, alla scelta del principe. L'elezione politica non è, dunque, altra cosa che una *designazione di capacità*. Non v'è alcuna trasmissione di potere. I poteri dell'assemblea sono determinati dalla Costituzione. Si tratta solamente di sapere chi avrà il diritto di far parte di questa assemblea sovrana. Il governo rappresentativo risolve questa questione, dichiarando che questo diritto appartiene a colui ch'è designato dal voto dei cittadini".

tivo e le scarta; esamina le proposte di riforma del Senato in termini di rappresentanza professionale e le scarta. Romano non risolve il problema della rappresentanza: si limita a manifestare una esigenza. E cioè l'esigenza di adattare al nuovo assetto sociale una organizzazione superiore che unisca, contemperisca ed armonizzi le organizzazioni minori in cui questo stesso assetto sociale va specificandosi: in buona sostanza, di realizzare l'integrazione tra stato e società per permettere la conservazione dello stato medesimo. E qui, fra tanti meriti che gli debbono essere riconosciuti, sta il suo limite: o perlomeno sta il suo limite del 1909.

Altri hanno proseguito su quel sentiero, prima di tutti G. Capograssi con il suo scritto del 1922 sulla *Nuova democrazia diretta*, ovverosia con l'idea della partecipazione dei corpi sociali, innanzi tutto partiti e sindacati, alla gestione dello Stato, in un processo di fondazione dal basso dell'edificio statale⁴², ben più rivoluzionaria, per i tempi, della idea di istituzione di Romano.

Sappiamo quali diverse strade, di lì a poco, abbia poi preso la dottrina della corporazione e in che modo, fino al 1943, sia stato recuperato il principio di unità degli interessi sociali⁴³. Sicché sembra meritevole di attenzione la tesi, già esposta da tempo, per cui, in fondo la vera dottrina di Romano sulla rappresentanza sarebbe, in fondo, la dottrina dello stato amministrativo, visto come la naturale evoluzione dello stato di diritto orlandiano: ovverosia di uno stato che, trovandosi nella situazione di dovere agire direttamente nel sociale, rinviene nell'amministrazione e nella sua organizzazione – e non più nelle camere – il modo di convogliare nel suo interno (e gestire) il sistema degli interessi che si affollano all'interno della società⁴⁴. Una soluzione, questa, che, tanto per fare un esempio, pare diametralmente opposta a quella elaborata più o meno negli stessi anni da H. Kelsen con la sua dottrina della procedimentalizzazione della decisione parlamentare come unica possibile

⁴² G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta* (1922) ora in *La vita etica. Scritti scelti* a cura di F. MERCADANTE, Milano 2008, 1041 ss.

⁴³ Sulla dottrina del corporativismo come surrogato della rappresentanza politica cfr. ora S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010, 131 ss. Resta però fondamentale la riflessione già svolta da L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista* (1972), ora in *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 65 ss.

⁴⁴ M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, ora in *La scienza del diritto pubblico*, Milano 2001, 405 ss. Ma nello stesso senso C. MAGNANI, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, 349 ss.

soluzione (democratica) al problema della segmentazione della base sociale dello stato⁴⁵.

In realtà, nel dopoguerra, e cioè in un contesto politico radicalmente mutato, ma non ancora stabilizzato, il tema della rappresentanza politica ritorna ancora nella riflessione di S. Romano e ritorna in forme perfettamente coerenti con il suo approccio metodologico. Per avere una conferma di ciò basta esaminare come nei *Principii di diritto costituzionale generale* del 1947, la questione della rappresentanza venga sottoposta ad una disamina giocata attorno a due idee di fondo. La prima è quella classica per cui in nessun caso o solo inesattamente la rappresentanza politica potrebbe essere vista come rappresentanza di volontà⁴⁶; la seconda, assai più interessante, è quella per cui ciò che si definisce rappresentanza politica della nazione altro non sarebbe se non un fenomeno di rappresentanza di interessi: e cioè *‘di tutti gli interessi nazionali, materiali e morali, economici e politici, che l’ordinamento giuridico considera suscettibili di cura e di tutela: interessi che, negli Stati in cui sono ammessi più partiti, vengono il più delle volte vagliati e considerati dai vari punti di vista propri del partito o dei partiti politici predominanti: donde la conseguenza che si ha una rappresentanza che, almeno prevalentemente, è rappresentanza di tendenze ed indirizzi politici, in riguardo agli interessi nazionali?’*.

Dunque, stando alla configurazione che ne viene data decenni dopo, quello della rappresentanza politica resta, anche nel nuovo contesto, un problema di rappresentanza di interessi, destinata però a svolgersi secondo criteri di selezione e gerarchizzazione precostituiti in base a parametri ideologici: un modo eccellente di descrivere la discrezionalità politica, affine, sotto molti aspetti, alle dottrine dell’indirizzo politico maturate in età corporativa⁴⁷ e destinate, nel dopoguerra, ad avere grande fortuna nella interpretazione della costituzione repubblicana⁴⁸.

⁴⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (trad. it. di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929) ora in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna 1984 e quindi i saggi ora raccolti in H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, Milano 1982.

⁴⁶ S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, 164 ss.

⁴⁷ Il riferimento è a C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano 2000.

⁴⁸ Sia consentito il rinvio alla analisi che di queste dottrine si ritrova in A. MANGIA, *Referendum*, Padova 1999.

6. *Rappresentanza, partiti e sindacati nella postdemocrazia*

Il punto è che, se d'un tratto si sposta l'obiettivo al presente e ci si interroga sulla attualità della riflessione di Romano sulla questione della rappresentanza, l'impressione è che, a distanza di un secolo, oggi non si sia andati molto al di là della raffigurazione che si ritrova nella prolusione: ovverosia dall'idea per cui quello della rappresentanza politica sarebbe un istituto che ha una forte valenza negativa e che ha un senso in rapporto alle forme di governo autoritative e monocratiche, ma che fatica ad assolvere una funzione sostanziale.

Anzi, se si prescinde dalle sue possibili involuzioni corporative, si può dire che il percorso seguito dalla scienza giuridica nel corso del '900 sia esattamente il percorso indicato da Romano, ovverosia il problema di dare sostanza materiale ad un istituto che altrimenti, rischia, per sua natura, di essere confinato nella sfera della mitologia giuridica. È che il pensiero del '900 ha cercato di risolvere l'antinomia registrata ad inizio secolo tra una rappresentanza politica 'generale' ma 'vuota', ed una rappresentanza di interessi 'concreta' ma 'parziale', attraverso l'invenzione del partito politico, inteso come strumento di mediazione tra il sistema degli interessi sociali e l'azione amministrativa dello stato: ancora uno stato amministrativo, se vogliamo, però reso stato sociale da due elementi: e cioè, innanzi tutto, dall'espandersi della amministrazione di prestazione rispetto alla amministrazione di imperio e, quindi, dalla presenza dei partiti politici e dalla loro funzione di indirizzo nei confronti dell'apparato statale. Le riflessioni condotte per linee diverse da Schmitt⁴⁹ e Leibholz⁵⁰ in Germania e da Mortati⁵¹ ed Elia⁵² in Italia in fondo hanno dato, per un certo periodo, nuova sostanza all'istituto, identificando il problema della rappresentanza nel problema del ruolo dei partiti e nella possibilità

⁴⁹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (trad. it di *Verfassungslehre*, 1928), 293 ss.

⁵⁰ G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia* (trad. it. di *Repräsentation in der Demokratie* 1973), Milano 1989.

⁵¹ Cfr. innanzi tutto C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957), ora in *Raccolta di scritti* III, Milano 1972, 335 ss.; ma il riferimento dovrebbe estendersi a *Disciplina dei partiti politici nella costituzione italiana* (1950), *ibidem*, 39 ss.; *Sindacati e partiti politici* (1952), *ibidem*, 83 ss. e quindi a *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, 1949 s.n.

⁵² L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica* (1963); *Le forme di governo* (1970), ora entrambi in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna 2009, rispettivamente 77 ss. e 161 ss.

di riuscire a realizzare un governo degli interessi sociali attraverso l'integrazione ideologica e l'idea della rappresentanza attraverso il valore⁵³.

Oggi, però, se vogliamo essere realisti, dobbiamo dire che siamo in qualche misura tornati al punto di partenza e cioè al punto in cui si trovava già S. Romano all'inizio del XX secolo: e questo non già e non tanto perchè le riflessioni sul partito politico si siano rivelate inadeguate a dar conto della realtà, quanto perché la figura del partito – che era stata la vera invenzione con cui per una certa fase si è risolto il problema della rappresentanza politica – sembra giocare oggi, e non solo in Italia, un ruolo assai diverso rispetto al passato.

Il che, come ha giustamente registrato M. Luciani⁵⁴, ha fra le molte sue cause, più che l'appannarsi delle ideologie politiche, il volontario arretramento della politica, classicamente intesa, rispetto al problema del controllo e della mediazione del conflitto sociale: mediazione che, fino a circa venti anni fa, in Italia e negli altri paesi orientati al modello dello stato sociale si realizzava attraverso i meccanismi della redistribuzione economica (la cd. democrazia della spesa) e attraverso la connessione tra potere politico e potere economico (il sistema delle imprese in mano pubblica).

Da allora si è avviato un processo che ha visto una molteplicità di procedimenti obiettivi di regolazione degli interessi sociali sostituirsi alla decisione politica sulla redistribuzione: un processo che, solo per fare qualche esempio, all'interno dei confini statali, si è manifestato con la proliferazione della autorità indipendenti e, all'esterno di questi confini, con il rinvio al ruolo decisionale di corti e burocrazie sovranazionali. E cioè con il rinvio a meccanismi in cui si realizza in massimo grado un fenomeno di sospensione della responsabilità politica conseguente all'arretramento della capacità di decisione di ciascuno stato. Tanto che sembra ancora oggi felice l'idea esposta anni fa da G. Guarino, per cui, in ognuno dei settori interessati da queste forme di decisione, lo stato si trasforma e si converte in 'non-stato'⁵⁵.

⁵³ Su questo percorso cfr., riassuntivamente, D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1987, XXXVIII, 543 ss.

⁵⁴ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di F. BIONDI e N. ZANON, Milano 2001, 109 ss.

⁵⁵ Così, già da tempo, G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.* 1992, 32 ss.

In una battuta potremmo dire che la scelta tecnico-burocratica – o presunta tale – si è progressivamente sostituita alla scelta politica e la logica della razionalità rispetto al valore politico (l'esigenza di controllo e governo del potere sociale che stava alla base delle diverse costituzioni economiche) ha ceduto il passo alla razionalità rispetto allo scopo (e cioè, di volta in volta, la concorrenza; l'equilibrio del mercato; la crescita economica perenne etc.). E ciò non perché concorrenza, crescita o mercato non siano, di per sé, obiettivi politici; ma solo perché oggi vengono posti e presentati e posti come obiettivi *tout court*, da perseguire sempre e comunque, innanzi tutto perché cristallizzati nel diritto dei trattati e nelle sentenze della giurisprudenza comunitaria.

Sicché la discussione politica non è più discussione sui valori da perseguire e sui modi per realizzarli, ma al massimo discussione sui modi per assicurare il conseguimento di certi obiettivi, prevalentemente di natura economica e perciò facilmente traducibili in parametri quantitativi: appunto ciò che si intendeva per razionalità rispetto allo scopo. Il che, come ha già scritto qualcuno, si è tradotto in un processo di amministrativizzazione della politica e nella conversione dello stato in una macrostruttura al servizio dei bisogni della società industriale, cui possono essere lasciate alcune funzioni residuali perché non immediatamente commercializzabili⁵⁶.

Il punto è che, se ci volgiamo alla sfera della rappresentanza di interessi, dobbiamo dire che anche la figura che ne ha massimamente incarnato la logica, fino a ricevere un riconoscimento costituzionale, e cioè il sindacato, solo rispetto alla posizione che poteva rivestire qualche decennio fa appare ugualmente ridimensionata nella sua capacità di incidere sui processi decisionali pubblici. Il che appare perfettamente in linea con le premesse appena poste, dal momento che la crisi dello Stato sociale e della sua funzione di redistribuzione ha portato con sé anche una naturale riduzione del ruolo dei sindacati nella definizione della misura e degli istituti di questa redistribuzione. Sicché, se nel passato recente il ruolo del sindacato poteva essere ritrovato nel guadagnare ai suoi aderenti nuovi diritti e nuovi vantaggi, oggi, in una fase di ripensamento della sostenibilità finanziaria dello stato sociale, il ruolo del sindacato

⁵⁶ E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, (trad. it di *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1972), Milano 2011. Ma nello stesso senso cfr. già M. WEBER *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*, ora in *Parlamento e Governo e altri scritti politici*, Torino 1982, 64 ss.

sembra risolversi nella contrattazione sulla misura della riduzione di questi diritti.

Del resto, se colto da questo punto di vista, il processo di ridimensionamento dello stato sociale e l'entrata in scena dei vincoli comunitari alla spesa pubblica ha influenzato nella stessa misura la posizione dei partiti, i quali, non potendo più governare liberamente il bilancio dello stato, hanno perso anche gli strumenti e i canali che storicamente gli hanno consentito di intervenire per rimodellare l'ordine sociale sulla base di una visione complessiva di questo stesso ordine⁵⁷.

Dunque è facile vedere che le organizzazioni che, nel XX secolo, hanno incarnato i due diversi 'modi' della rappresentanza popolare, e cioè partiti e sindacati, sono entrate in crisi perché, per ragioni diverse ma convergenti, ad entrare in crisi è stata la loro capacità di incidere sui processi che governano le decisioni pubbliche, laddove per decisione pubblica non intendo soltanto le scelte riconducibili allo stato e alle istituzioni, ma in generale tutte quelle scelte che incidono sull'ambiente in cui si svolge l'esistenza dell'individuo (*Daseinvorsorge*).

Il che, evidentemente, non significa che questi due soggetti si siano eclissati: semplicemente, da quando le decisioni pubbliche sono state condizionate da un contesto sovranazionale che si stenta a definire in termini giuridici, ma che produce un evidentissimo effetto di spolitizzazione, questi soggetti hanno subito – e non potevano non subire – un sostanziale ridimensionamento, dal momento che gli strumenti di cui si sono tradizionalmente avvalsi, e cioè scelta legislativa sul bilancio e contrattazione collettiva, hanno finito con l'essere assoggettati ad un complesso di vincoli, giuridici ed economici, che ne fissano drammaticamente i limiti, se non addirittura i contenuti.

In realtà, alla base di questi due fenomeni – e cioè l'arretramento della politica di fronte alla scelta tecnico-burocratica e la insostenibilità finanziaria dei tradizionali meccanismi di redistribuzione – sta un dato di fatto strutturale che mette in crisi buona parte della concettualogia costruita nei secoli scorsi in ordine al rapporto tra stato e società, ovvero sia il fatto che ad alterarsi non solo è stato il concetto di stato, che non do-

⁵⁷ Sulla natura di questi vincoli e sulla loro compatibilità con il diritto dei Trattati meritano attenzione i preziosi rilievi che si trovano in G. GUARINO, *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in www.costituzionalismo.it e ora anche in G. GUARINO, *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *Quaderni di economia italiana*, Roma, 2011, 219 ss.

mina più in senso classico la produzione e il transito della ricchezza sul territorio che governa, ma anche il tradizionale concetto di società, che ha perso tutte quelle connotazioni che si ricollegavano alla idea classica di territorio dello stato⁵⁸. Sicchè la fine dello stato territoriale ha portato con sé anche la fine di quel modo di pensare la società che si è costruito, negli ultimi due secoli, sulla base di quei passi delle *Grundlinien* di Hegel che si sono citati poc' anzi.

Il che, si badi, non ha niente a che vedere con la collocazione dello stato nazionale all'interno dell'Unione Europea: in realtà che una società europea esista è affermazione altrettanto dubbia quanto quella relativa alla esistenza di un *demos* europeo. La collocazione degli stati europei nell'Unione, semmai, è stata un tentativo di risposta al vero problema con cui stato e rappresentanza politica faticano a fare i conti, e cioè con il fatto che i confini del dominio politico dello stato non coincidono più con i confini della economia: detto in altre parole, con il fatto che gli interessi che dovrebbero essere governati dalla decisione statale non hanno più una collocazione stabile e, talvolta, nemmeno una collocazione. L'ambito spaziale di collocazione degli interessi si allarga o si restringe a seconda della fattispecie e muta continuamente. Sicchè a ciascuno stato resta il compito di governare soltanto una parte – e forse nemmeno la più rilevante – delle dinamiche attraverso cui gli interessi sociali giungono a realizzazione: e cioè quelle parti che possono essere raggiungibili dalla sua decisione che resta, oggi come nel XIX secolo, una decisione territorialmente limitata.

Si tratta di un fatto ben noto, a cui, non a caso, si è cercato di ovviare, da parte degli stati, attraverso la predisposizione di una trama di rapporti internazionali volta a determinare meccanismi uniformi di governo delle attività economiche transnazionali (Gatt, WTO, trattati sulla fornitura di servizi pubblici etc.), nel tentativo di colmare quel *deficit* di efficacia che ormai caratterizza la decisione di ogni singolo stato nazionale. Il che, però, anziché rendere più penetrante il controllo statale, ha semplicemente creato una gabbia di vincoli che ha ridotto ulteriormente il margine di intervento dei singoli stati nei confronti dei processi economici, se non altro per il fatto che la proliferazione delle fonti sovranazionali in

⁵⁸ Per questa notazione, ormai frequente nella riflessione sulla globalizzazione, cfr., tra i molti, A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari 2002, 118 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., 36 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto senza società*, Bari, 2003, *passim*; M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012, 76 ss.

questi settori ha trasformato la scelta politica classica in una scelta attuativa di un complesso di vincoli già formalizzati a livello di diritto comunitario o degli scambi internazionali. Il che ha posto la premessa indispensabile per la definitiva conversione delle politiche nazionali in una discussione sui tempi e le modalità di adattamento ai singoli contesti nazionali di scelte già assunte *aliunde*: discussione che, evidentemente, risulta influenzata dalla situazione economica (e solo in parte politica) interna a ciascun soggetto che si continua, convenzionalmente, a definire sovrano.

Sicchè, se ci volgiamo all'interno dello stato, l'impressione è che, ciascuna per proprio conto, rappresentanza politica e rappresentanza di interessi non solo sembrano avere perduto il loro oggetto naturale (il cosa o il chi rappresento realmente) – come ci ricordava alcuni anni fa M. Luciani – ma, quel che più importa, sembrano essersi indeboliti da un punto di vista funzionale (il perché rappresento e con quale efficacia).

Ciò che, rispetto al recente passato, è mutato, insomma, non sono i meccanismi rappresentativi, che sono rimasti più o meno gli stessi dei tempi di S. Romano, quanto il contesto generale in cui questi meccanismi si trovano ad operare, segnato com'è dal fatto che per, molti versi, siamo già andati oltre lo stato, senza per questo avere elaborato dei meccanismi idonei a compensare il fatto (E. Böckenförde) che la democrazia e le libertà politiche per assolvere alla loro naturale funzione di legittimazione delle scelte pubbliche richiedono la forma giuridica dello stato⁵⁹.

Il che ci porta ad un'altra considerazione, di primaria importanza e sovente dimenticata: e cioè che la rappresentanza politica non è un fine, ma un mezzo. È, più precisamente, il mezzo elaborato dal costituzionalismo degli ultimi due secoli per far sì che una decisione pubblica possa dirsi democraticamente fondata. Sicchè se la decisione pubblica è in grado di incidere solo in parte sulla realtà sociale che pretende di governare, anche la rappresentanza e i suoi processi perdono rilievo, così come perdono rilievo quelle libertà politiche che della rappresentanza sono il fondamento⁶⁰, pur

⁵⁹ E. BÖCKENFÖRDE, *Il futuro dell'autonomia politica. Democrazia e statualità nel segno della globalizzazione, dell'uropeizzazione e dell'individuazione* (trad. it di *Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung, und Individualisierung*, 1998) ora in *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari 2007, 204 ss.; ma in un senso non troppo diverso cfr. anche D. GRIMM, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin 2009.

⁶⁰ A. MANGIA, *Le libertà politiche nella prospettiva del diritto transnazionale*, in www.forumcostituzionale.it.

in presenza di un sistema che, da un punto di vista strutturale, è, oggi come ieri, perfettamente democratico.

In sintesi, se volessimo provare a descrivere questo contesto che è stato definito post-democratico⁶¹ e che non a caso è stato colto prima e meglio da politologi e sociologi, piuttosto che dai giuristi, potremmo indicare almeno tre passaggi.

Intanto va registrata, all'interno e soprattutto all'esterno dello stato, l'affermazione di 'poteri situazionali' che non chiedono affatto di essere rappresentati nei loro interessi all'interno dei meccanismi di decisione statali, innanzi tutto perché riescono benissimo a rappresentarsi da soli, nel momento in cui determinano le condizioni generali in cui deve essere assunta la scelta pubblica: a costituire, in altre parole, un limite o un contrappeso alla tradizionale scelta rappresentativa. È quel fenomeno che talvolta è stato definito in termini di sovranità della economia sullo stato e che relativizza la rappresentanza, collocandola ai margini, perché ormai è il potere pubblico legittimato dalla rappresentanza a stare ai margini dei processi economici.

In secondo luogo, a livello nazionale, abbiamo assistito ad una contaminazione delle tradizionali categorie (rappresentanza politica/rappresentanza di interessi) attraverso il sorgere e il diffondersi, nella lotta per la redistribuzione, degli 'interessi territoriali', ovvero sia di interessi che si caratterizzano per il fatto di essere interessi propri di comunità collocate su una porzione del territorio nazionale e che, proiettati a livello nazionale, assumono la forma dell'interesse frazionale, in uno strano e affatto inedito connubio di rappresentanza politica e di rappresentanza locale (emblematica, da questo punto di vista, è la vicenda dei parlamenti regionali)⁶².

In terzo luogo, tutti questi problemi si collocano oggi in un contesto che, come si è detto, è andato ampiamente 'oltre lo stato' e che è ormai è transnazionale: oggi larga parte delle decisioni pubbliche vengono prese attraverso meccanismi che prescindono dai circuiti classici della rappresentanza politica o della rappresentanza di interessi – classici perché costruiti per funzionare all'interno dei confini statali – ma che di questi circuiti si avvalgono per legittimare in modo formale, all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, decisioni assunte altrove, e cioè a livello di or-

⁶¹ C. CROUCH, *Postdemocrazia* (trad. it di *Postdemocracy*, 2000), Roma-Bari 2007.

⁶² A. MANGIA, *Regioni, rappresentanza politica, rappresentanza di interessi*, in *Le Regioni*, 2010, 753 ss.

dinamento internazionale e comunitario. E, da questo punto di vista, ancora una volta, è significativo che il sistema transnazionale di tutela dei diritti, larghissimo e in continua espansione, sia sostanzialmente impermeabile al problema delle libertà politiche e del diritto di voto, le quali non a caso restano confinate nel perimetro degli stati nazionali.

Altre sono le notazioni che potrebbero aggiungersi, soprattutto a proposito del rapporto tra ciò che resta della sovranità statale e i condizionamenti che a questa derivano dalla tecnica. Ciò che mi pare però evidente è che in questo quadro, assai più caotico e complesso di quello che poteva intravedere Romano nell'Italia giolittiana di cento anni fa, i processi di legittimazione delle scelte pubbliche siano sempre meno agganciati alla logica del valore politico o del puro interesse corporativo e tendano, in misura crescente, ad appoggiarsi a valutazioni tecniche o di razionalità rispetto allo scopo, in cui si realizza, ancora una volta, quello stesso fenomeno di sospensione della responsabilità politica cui si accennava prima e che va di pari passo con lo svuotamento delle libertà politiche e del senso del diritto di voto.

Il rischio, insomma, è che la rappresentanza politica, dopo avere perso, come ci avvertivano Orlando e Romano, il suo significato originario di opposizione al principio monarchico e dopo essere andata per cento anni alla ricerca di un contenuto che le restituisse forza e sostanza, ritorni ad essere attuale per le sue sole valenze oppositive nei confronti di un nuovo sovrano, questa volta oggettivo e immateriale (un antisovrano) che ha comunque saputo farsi istituzione, nel momento in cui ha saputo creare una sua normatività, trasversale e prevalente, rispetto a quella statale: un antisovrano che, per quanto percepito, si stenta a descrivere nei suoi contorni reali soprattutto da chi, come i cultori del diritto costituzionale, è indotto per *habitus* mentale a identificare il potere con il solo potere politico⁶³.

Il che, se davvero – come ci ha insegnato Bobbio – si vuole distinguere tra teoria ed ideologia, genera il fastidioso sospetto che il paradiso del nuovo diritto spontaneamente creato dai gruppi sociali, che è stato salutato da alcune riletture del pensiero di Romano, sia poco più di una veste accattivante, colorata di romanticismo politico, dietro alla quale non sta la libertà (dallo stato) dell'individuo e delle sue formazioni, ma soltanto l'inferno del potere sociale fattosi istituzione.

⁶³ Di antisovrano ha parlato, e con largo anticipo sui tempi, già M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, Riv. dir. cost. 1996, 124 ss.

Credo sia soprattutto questo ciò che S. Romano temeva e contro cui ci ha messo in guardia più di cento anni fa quando vedeva nello stato *'l'unico istituto, ad ogni modo, fra quelli che l'umanità ha finora conosciuto, che sia in grado di dar vita ad un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale'*⁶⁴.

⁶⁴ S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., 395.

DIRITTO ALLA RISERVATEZZA
E PRETESA PUNITIVA DELLO STATO
NELLA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI:
UN BILANCIAMENTO DA RIPENSARE

SOMMARIO: 1. Diritto alla riservatezza e potestà punitiva dello Stato: un equilibrio instabile. – 2. Una premessa fondamentale: il duplice volto della riservatezza rispetto all'attività di intercettazione. – 3. Gli interessi in gioco: riservatezza (dell'inquisito) *vs.* potestà punitiva (dello Stato). – 3.1. Il diritto alla riservatezza. – 3.2. La pretesa punitiva dello Stato. – 3.3. Il bilanciamento tra questi interessi... – 3.4. ... e la opportunità di un suo ripensamento. – 4. Il bilanciamento all'opera: disciplina delle intercettazioni e legittimità costituzionale. – 4.1. I limiti di ammissibilità. – 4.2. Le intercettazioni ambientali. – 4.3. L'intercettazione di immagini. – 4.4. L'acquisizione dei tabulati telefonici. – 4.5. La durata delle intercettazioni. – 4.6. L'utilizzabilità dei risultati ed i suoi limiti. – 5. Per concludere, allargando lo sguardo.

1. *Diritto alla riservatezza e potestà punitiva dello Stato: un equilibrio instabile*

La XVI legislatura, che volge ormai al suo termine, è stata attraversata da un assai discusso tentativo di (ennesima) riforma della disciplina delle intercettazioni di comunicazioni, che ha dato vita, sia nelle Aule parlamentari che al di fuori di esse, ad un ampio dibattito, conclusosi con la mancata adozione del provvedimento, dopo un *iter* schizofrenico, caratterizzato da improvvise accelerazioni, anche forzate, intervallate da lunghe pause nei lavori parlamentari¹. Peraltro, non si tratta certo di un

¹ Il riferimento è al ddl. AC 1415-B, approvato dalla Camera l'11 giugno 2009 e modificato dal Senato il 10 giugno 2010. Afferma condivisibilmente V. GREVI, *Le intercettazioni come mero "mezzo di ricerca" di riscontri probatori?*, in *Cass. pen.* 2009, 848, che l'*iter* del provvedimento riflette le tensioni create da singoli episodi di cronaca giudiziaria, che «hanno altresì trovato eco in ripetuti interventi a ruota libera operati, quasi ogni giorno, dal Presidente del Consiglio dei Ministri, all'insegna dell'idea fissa che le intercettazioni

tema nuovo, dato che, ben al contrario, la definizione di un corretto bilanciamento, in tema di intercettazioni, tra il diritto alla riservatezza (e la libertà di domicilio, nel caso di intercettazioni ambientali e di immagini) nonché il diritto di difesa dell'inquisito, da un lato, e la pretesa punitiva dello Stato, di cui l'intercettazione costituisce un mezzo tra i più incisivi di realizzazione², dall'altro, forma oggetto di un dibattito che prosegue ormai da alcuni lustri³ e che puntualmente riemerge in presenza di fatti di cronaca giudiziaria, in special modo ove coinvolgano personalità del mondo politico⁴.

Del resto, un'aspra discussione ha da sempre preceduto – e, parimenti, seguito – le diverse novelle legislative susseguitesi *in subiecta materia*, novelle che hanno reso incerto e piuttosto precario l'equilibrio raggiunto fra tali interessi costituzionali⁵.

Ci pare, tuttavia, che si possano individuare almeno due tendenze di fondo che caratterizzano il percorso seguito nel tempo dal legislatore, ov-

dovessero ammettersi “solo per reati di mafia e di terrorismo”». E sarebbero proprio questi interventi contrastanti con decisioni assunte in sede di Consiglio dei ministri ad avere determinato gli sbandamenti nel dibattito politico.

² Stante l'evidente considerazione che, grazie alla sua segretezza, con esso si possono acquisire confessioni o comunque elementi fondamentali per le indagini che ben difficilmente potrebbero ricavarsi *aliunde*.

³ In questo senso, cfr. P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano 2002, 1, per la quale «le intercettazioni rappresentano uno dei grandi temi della dialettica tra autorità e libertà».

⁴ Tra cui, da ultimo, l'intercettazione ad opera della Procura di Palermo di una conversazione telefonica, di cui era occasionalmente parte il Presidente della Repubblica, il quale ha sollevato un conflitto di attribuzione innanzi al giudice costituzionale, che lo ha accolto con sentenza al momento in cui si scrive ancora non depositata. Peraltro, precisiamo che quanto si andrà dicendo nel presente scritto non può ritenersi applicabile, *sic et simpliciter*, a questa vicenda, la quale, per la peculiarità del caso e per il fatto di chiamare in causa le prerogative ed il ruolo costituzionali del Capo dello Stato, assume una valenza decisamente diversa e richiede soluzioni specifiche su cui in questa sede sarebbe ultroneo soffermarsi.

⁵ Ricordiamo, limitandoci agli atti normativi di ordine generale e non relativi a singole tipologie di reato, che sulla disciplina delle intercettazioni e della conservazione dei dati di traffico sono intervenuti negli ultimi anni, dopo un periodo di novelle limitate ad aspetti specifici, il d. l. n. 354 del 2003 (convertito in legge n. 45 del 2004), il d. l. n. 144 del 2005 (convertito in legge n. 155 del 2005) ed ancora il d. l. n. 259 del 2006 (convertito in legge n. 281 del 2006); in tema, cfr. M. L. BITONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.* 2009, 8 ss., che richiama anche i numerosi disegni di legge che non sono sfociati in alcuna concreta previsione normativa. Si vedano poi anche i provvedimenti citati alla nota 7 per quanto riguarda il regime delle intercettazioni nei reati di criminalità organizzata.

vero: a) il generale slittamento verso una maggiore tutela della riservatezza con parallela restrizione di casi e modi in cui è possibile l'intercettazione (e, come si dirà, il progetto di riforma della XVI legislatura non ne è che l'ultimo, ancorché piuttosto eclatante, esempio⁶); b) la contemporanea differenziazione, nota come logica del doppio binario, tra il regime ordinario delle intercettazioni e quello applicabile a tali atti di investigazione allorché abbiano ad oggetto reati di particolare gravità, e segnatamente quelli legati alla criminalità organizzata⁷, nel qual caso si prevede una normativa assai meno restrittiva e ben più favorevole alle esigenze di accertamento delle responsabilità penali⁸.

Peraltro, come è naturale, l'evoluzione di tale disciplina è stata oggetto di attenzione anche nel dibattito scientifico, che ha interessato tanto la dottrina processualpenalistica quanto quella costituzionalistica⁹, entrambe tendenzialmente propense ad assecondare, sia pure con opportune distinzioni e cautele, almeno la prima delle due tendenze poc'anzi individuate, se non addirittura, in diversi casi, a criticare il legislatore per la persistente severità della normativa, non di rado tacciata di dubbia legittimità costituzionale per una eccessiva compressione del diritto alla riservatezza. Tale interesse della dottrina ha poi visto un momento di particolare afflato, come è facile intuire, quando nell'ordinamento italiano

⁶ Questa, del resto, era l'intenzione dichiarata nella stessa relazione del Governo al disegno di legge, ove risultava parimenti chiaro l'intento di aderire anche alla seconda delle tendenze di cui si dirà nel testo.

⁷ Può ricordarsi, sul punto, la disciplina introdotta con l'art. 13 del d. l. n. 152 del 1991 (convertito in legge n. 203 del 1991), successivamente estesa ad altre gravi fattispecie di reato dapprima con il d. l. n. 374 del 2001 (convertito in legge n. 438 del 2001) e poi con la legge n. 228 del 2003.

⁸ Ma sulla difficoltà, in concreto, di stabilire *a priori* se un reato sia o meno di criminalità organizzata, e quindi sulla dubbia efficacia di questo doppio binario, si vedano le dichiarazioni del Procuratore nazionale antimafia Grasso rese durante l'audizione del 24 novembre 2009 presso la Commissione Giustizia del Senato (il cui resoconto stenografico è reperibile in www.senato.it).

⁹ Per limitarci a qualche citazione essenziale, rinviamo, oltre alle opere già citate, a V. DI CIOLO, P. DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Milano 1974; A. PACE, *Art. 15*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Artt. 13-20*, Bologna-Roma 1977; V. GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano 1982; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano 1983; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997; M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano 2003; C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino 2007; e, da ultimo, A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, Padova 2011.

ha fatto ingresso la tutela della *privacy*¹⁰ come oggetto di una disciplina a sé, attraverso l'approvazione della legge n. 675 del 1996, poi sostituita dal d. lgs. n. 196 del 2003, che, come ben noto, rappresenta un vero e proprio Testo unico della normativa in materia. Disciplina, questa, di rilevantissima importanza, per avere contribuito alla diffusione (anche se, forse, fino all'eccesso, come cercheremo, almeno *in parte qua*, di dimostrare¹¹) di una cultura della *privacy* non solo in ambito giuridico, ma anche nell'opinione pubblica del nostro Paese¹².

Né, in ogni caso, al percorso della dottrina sembra essere mancato l'avallo della giurisprudenza costituzionale, laddove, anzi, come meglio si dirà in seguito, è proprio la Corte, chiamata più volte a pronunciarsi sul punto, ad avere gettato, fin dalla prima sentenza n. 34 del 1973¹³, le basi stesse di una impostazione assai attenta ai limiti che lo strumento investi-

¹⁰ Come rilevato in dottrina, *privacy* e riservatezza non sono, a rigore, sinonimi, indicando due concetti tra loro distinti, laddove quello di *privacy* è concetto più ampio, «quasi di filosofia politica» (A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*. III *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma 1995, 3), oggi volto a ricomprendere non solo il diritto ad essere lasciati soli, come è nato nell'ordinamento statunitense (cfr., per tutti, A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Roma 1974), ma anche il diritto al controllo sui propri dati, alla autodeterminazione informativa, all'oblio, ecc. Si vedano, sul punto, tra le numerose ricostruzioni, quella di U. DE SIERVO, *La privacy*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, 347 ss.; e di R. ZACCARIA, L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XII, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova 1990, 329. Tuttavia, ai limitati fini di questa trattazione, ci permettiamo di utilizzare i due termini come avessero la medesima accezione, con la consapevolezza, e l'avvertenza, che intendiamo in tal sede alludere al concetto di riservatezza come sfera di comportamenti, e specialmente di comunicazioni, che un soggetto vuole mantenere riservate e sottratte a terzi.

¹¹ In senso analogo, ancorché con conclusioni più radicali, si veda l'opinione di R. BORRUSO, *La tutela della riservatezza dei dati personali*, in *Inf. dir.* 2006, fasc. 2, 10 ss., per il quale la normativa sulla *privacy* ha introdotto «una sorprendente e discutibile radicalizzazione della tutela», in quanto, limitandosi anche la semplice raccolta e conservazione dei dati inerenti a soggetti terzi, si giunge, secondo l'A., a ostacolare la formazione stessa dell'informazione, a detrimento della libertà personale, con effetti di dubbia legittimità costituzionale.

¹² Come afferma S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari 2005, spec. 47 ss. Si veda anche ID., *La pacifica rivoluzione della privacy*, in *Quest. giust.* 2005, 228 ss., ove l'A. parla del nuovo testo unico come, appunto, un passaggio rivoluzionario verso il pieno controllo da parte di ciascuno delle informazioni che lo riguardano.

¹³ In *Giur. cost.* 1973, 316 ss. Non è un caso che, per la sua importanza, la sentenza sia stata presentata, con una innovazione nella prassi seguita fino ad allora dalla Consulta, attraverso una conferenza stampa *ad hoc* del Presidente Bonifacio (come riferiscono V. DI CIOLO, P. DI MUCCIO, *L'intercettazione*, cit., 13).

gativo *de quo* deve incontrare per non incorrere in censure di legittimità per violazione del diritto alla riservatezza.

Ebbene, ciò premesso, è nostra intenzione, con queste note, cercare di ripercorrere il bilanciamento che si è andato consolidando tra tutela della riservatezza dell'inquisito ed esigenze di accertamento dei reati attraverso il mezzo delle intercettazioni, per evidenziare alcune distorsioni che, a nostro sommo avviso, si possono riscontrare nell'attuazione legislativa, come peraltro talora suggerita dalla stessa Consulta¹⁴, delle disposizioni costituzionali rilevanti. Ed è alla luce di tale premessa di ordine generale che ci proponiamo, senza alcuna pretesa di esaustività e senza scendere nel dettaglio di specifiche criticità evidenziate dalla dottrina processualpenalistica, di indicare alcuni profili problematici della disciplina ordinaria in materia e di evidenziare alcuni punti che ci parrebbe imprescindibile tenere in considerazione allorché il legislatore procedesse alla auspicata riforma organica della normativa. Ci occuperemo, insomma, dei principi costituzionali in materia, prendendo in considerazione la disciplina vigente e le proposte di riforma in termini esemplificativi di come andrebbe in concreto a nostro avviso impostato il bilanciamento tra essi.

2. *Una premessa fondamentale: il duplice volto della riservatezza rispetto all'attività di intercettazione*

L'indagine che ci siamo proposti non può, invero, prescindere da una quanto mai necessaria precisazione preliminare. Poiché, se consideriamo il diritto alla riservatezza dell'inquisito, esso può venire, e di fatto non di rado viene, limitato, nell'ambito della medesima attività intercettativa, in due momenti e sotto due profili diversi.

In primo luogo, infatti, l'intercettazione è, per sua natura, un mezzo lesivo della libertà e segretezza delle comunicazioni, garantita dall'art. 15 Cost. L'assunto è piuttosto evidente: se detta disposizione costituzionale intende tutelare, in particolare, la libertà di comunicare in modo riservato, senza che terzi apprendano il contenuto di tale comunicazione, è

¹⁴ E infatti, non è un caso che l'impianto seguito dal codice di procedura penale vigente richiami per diversi aspetti la disciplina del precedente codice di rito così come novellato dalla legge n. 98 del 1974, la quale interveniva proprio con l'intento di dare espresso seguito alla sentenza n. 34 del 1973 del giudice delle leggi, in precedenza citata.

chiaro che la intercettazione di esso ne è una palese restrizione. Sotto tale profilo, dunque, si tratterà di verificare se, e soprattutto in che misura, essa possa apparire costituzionalmente accettabile giusta le previsioni del comma 2 dello stesso art. 15 Cost., in cui sono ammesse forme di limitazione di tale diritto di libertà secondo le classiche garanzie della riserva di giurisdizione e della riserva di legge (prescindendo, per il momento, dal più pregnante significato che dottrina e giurisprudenza¹⁵ intendono attribuire all'espressione «garanzie stabilite dalla legge» utilizzata nella norma *de qua*). E il bilanciamento, in tale ipotesi, dovrà avere ad oggetto, da un lato, l'esigenza dello Stato di realizzare la propria pretesa punitiva e, dall'altro, appunto, la segretezza delle comunicazioni.

In secondo luogo, però, il diritto alla riservatezza dell'inquisito può altresì essere leso, in tal caso non da parte dello Stato quanto piuttosto da soggetti privati, allorché il contenuto della intercettazione sia fatto oggetto di pubblicazione da parte degli organi di stampa, come frequentemente accade quando ad essere sottoposto ad indagini sia un personaggio noto, magari in relazione a fatti emersi dalle intercettazioni nemmeno rilevanti ai fini della vicenda giudiziaria. Ciò che comporta un ulteriore e diverso bilanciamento, questa volta tra il diritto di cronaca, costituzionalmente tutelato dall'art. 21 Cost., e, nuovamente, la segretezza delle comunicazioni¹⁶. Bilanciamento, quest'ultimo, che dovrà tenere conto della necessità di non azzerare il diritto di cronaca, consentendo la pubblicità dei fatti criminosi per il pubblico interesse che ciò porta con sé, evitando tuttavia che tale pubblicità giunga fino alla rivelazione di fatti strettamente privati relativi ai soggetti coinvolti¹⁷.

¹⁵ Vedi, per tutti, A. PACE, *Art. 15*, cit., 106 ss.; e G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino 2006, 669. Secondo E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione*, in *Dir. soc.* 2008, 239, il riferimento alle «garanzie previste dalla legge» impone non solo un orientamento teleologicamente garantista ma anche una compiuta definizione di forme e modi della limitazione.

¹⁶ *Rectius*, secondo E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 247, poiché la libertà di comunicazione avrebbe ad oggetto solo le comunicazioni attuali, in tal caso nel bilanciamento entrerebbe propriamente il più ampio diritto alla riservatezza.

¹⁷ In termini già F. MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in *Arch. giur.* 1968, 99 ss., ove l'A. individua con chiarezza gli interessi processuali ed extraprocessuali ad una essenziale pubblicità, appunto, dei fatti criminosi. Resta fermo, comunque, quanto rileva E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 247, nt. 104, circa il fatto che la pretesa punitiva dello Stato, da

Ora, tale osservazione, per quanto piuttosto evidente, nei fatti, soprattutto in relazione all'ultimo eclatante tentativo di regolazione dell'istituto, più volte è rimasta in ombra nel dibattito, politico ma talora anche dottrinario, sulla disciplina delle intercettazioni, in cui si è finiti per confondere due profili certo legati, ma anche altrettanto distinti¹⁸. Con il rischio che, per riequilibrare il rapporto tra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza, si finisca per intervenire sul bilanciamento relativo al primo dei conflitti tra interessi costituzionali poc'anzi citato¹⁹. Insomma, vi è il concreto pericolo che, per impedire la illecita diffusione del contenuto delle intercettazioni, si finisca semplicemente con il limitare la possibilità di ricorrere ad esse, con un'impropria confusione tra i due profili²⁰.

In realtà, da una parte della dottrina processualpenalistica che ha evidenziato la distinzione di cui si è detto²¹, è stata invece proprio avanzata l'idea che, data l'inscindibile interconnessione tra i due profili, sarebbe non solo impossibile, ma addirittura «dissennato» disgiungerne il momento regolativo, posto che solo la riduzione del numero delle intercettazioni potrebbe ridurre il rischio di un loro abuso. Laddove, invece, la

un lato, e il diritto alla riservatezza, dall'altro, hanno uno *status* costituzionale più netto e significativo del diritto all'informazione su vicende di pubblico interesse.

¹⁸ La distinzione non è invece sfuggita al Garante per la protezione dei dati personali, che l'ha a più riprese ribadita, evidenziando la carenza di competenza dell'Autorità relativamente al primo di tali bilanciamenti: cfr., per la chiarezza della distinzione, già la *Relazione 2008. Discorso del Presidente Francesco Pizzetti*, in <http://www.garanteprivacy.it>, doc web 1628456, 15 ss.

¹⁹ Si veda, per esempio, quanto scrive T. E. FROSINI, *Privacy: diritto fondamentale oppure no*, in *Federalismi.it*, 6 agosto 2008, ove l'A. afferma chiaramente che «il provvedimento, nel frenare l'uso tracimante, dispendioso e abusato delle intercettazioni, si preoccupa di tutelare un diritto fondamentale e inviolabile, quale quello della riservatezza» e questo «perché il problema ... è quello della diffusione sulla stampa del contenuto delle intercettazioni».

²⁰ Così già G. SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 1209. Analogamente, S. LORUSSO, *L'arte di ascoltare e l'investigazione penale tra esigenze di giustizia e tutela della privacy*, in *Dir. pen. proc.* 2011, 1399; e C. FLORIO, *Intercettazioni telefoniche e diritti costituzionalmente garantiti tra frammenti di storia parlamentare e prospettive de iure condendo*, in *Giur. It.* 2011, 734 ss., il quale osserva come le riforme incentrate sul criterio di diminuire l'offerta per frenare la domanda (di intercettazioni) finiscano solo per vanificare l'efficacia dello strumento investigativo.

²¹ In particolare, cfr. P. FERRUA, *Privacy e riservatezza nella riforma delle intercettazioni*, in *ID.*, *Studi sul processo penale. III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino 1997, 119 ss.

sola restrizione dell'attività divulgativa, che determinasse l'impossibilità di conoscere il contenuto delle intercettazioni, senza restrizione del possibile impiego di queste ultime, darebbe vita ad una sorta di regime poliziesco, provocando un danno maggiore della semplice divulgazione. In sostanza, secondo detta dottrina, poiché gli eccessi riguarderebbero le intercettazioni, di cui l'offesa alla riservatezza attuata con la divulgazione del relativo contenuto costituirebbe solo l'epifenomeno, sarebbero queste ultime a dovere essere limitate²².

A ben vedere, però, tale tesi non convince. Essa infatti sembra confondere i due problemi e creare un unico bilanciamento, laddove la difesa della riservatezza a fronte del diritto di cronaca finirebbe per limitare un terzo interesse che deve essere invece oggetto di separata considerazione (o ponderazione), ovvero la pretesa punitiva dello Stato, pure costituzionalmente rilevante.

In realtà, allora, è ben possibile, senza dover escludere totalmente il diritto di cronaca, farne oggetto di limitazione in modo tale che, pur potendosi divulgare quanto di essenziale e di pubblico interesse può esservi nella intercettazione, tale divulgazione sia limitata a tutela della riservatezza dell'inquisito²³, mentre l'Autorità giudiziaria dovrà incontrare soltanto i limiti che discendono dall'art. 15 Cost. Se poi vi è un eccesso di intercettazioni o queste vengono effettuate illegalmente, si tratterà di colpire tali abusi²⁴, così come ben potrà (*rectius*, dovrà) il legislatore punire

²² *Ibidem*, 120.

²³ In dottrina, D. PICCIONE, *Diritto di cronaca giornalistica dei parlamentari e pubblicazione delle intercettazioni telefoniche a loro carico*, in *Giur. cost.* 2008, 1587 ss., parla della disinvolta diffusione del contenuto delle intercettazioni come di una patologia, in cui la «radice del problema si annida proprio nella critica coincidenza tra i requisiti di utilizzo nel processo penale delle intercettazioni telefoniche e la divulgazione a mezzo stampa del loro contenuto». In effetti, già tempo addietro veniva rilevato come il problema relativo alla facilità con cui sono diffuse notizie apprese tramite attività intercettativa risieda nel fatto che il codice di procedura ricollega la pubblicità del contenuto, tramite deposito in segreteria, alla conoscibilità per la difesa dell'indagato, ciò che avviene in una fase precedente la distruzione del contenuto irrilevante ai fini di indagine: sul punto, per tutti, G. CONSO, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. pen. proc.* 1996, 138.

²⁴ In termini netti, G. PISAPIA, *Necessità investigative e diritto alla privacy: prospettive e limiti delle intercettazioni*, in *Dir. uomo* 2010, 70, per cui occorre svolgere controlli ed applicare sanzioni per chi abusa dello strumento investigativo e non rendere inefficace lo stesso. Analogamente, G. GIOSTRA, *Intercettazioni: un sacrosanto richiamo alla legalità e sciagurati propositi di riforma*, in *Quest. giust.* 2009, 209, rileva come l'uso inflazionato delle intercettazioni non dipende dalla cattiva formulazione della disciplina legislativa,

gli abusi in tema di esercizio del diritto di cronaca, ma ciò senza dover restringere il campo di azione dell'attività investigativa lecitamente svolta, finendo per frustrarne gli scopi. Altrimenti, volendo ricorrere ad una metafora, sarebbe come se, per rimuovere l'effetto collaterale di un farmaco, semplicemente se ne eliminasse l'impiego, col risultato certo di far venire meno l'effetto collaterale, ma, contestualmente, anche di impedire gli effetti benefici per la guarigione del paziente.

Dunque, è nostra convinzione che i due profili debbano rimanere giuridicamente distinti, pur nella consapevolezza dell'esistenza di un loro legame *de facto*. In questa sede, in particolare, l'economia dello scritto ci costringe a limitare l'indagine al tema del rapporto tra diritto alla riservatezza e potestà punitiva dello Stato.

3. *Gli interessi in gioco: riservatezza (dell'inquisito) vs. potestà punitiva (dello Stato)*

Una volta definito il tema che intendiamo affrontare e chiarita la distinzione preliminare tra i diversi profili che esso involge, è opportuno soffermarci distintamente sui due interessi costituzionali in gioco, per poi chiarire quale riteniamo sia il bilanciamento più corretto tra essi.

3.1. *Il diritto alla riservatezza*

Che debba essere riconosciuto un generale diritto alla riservatezza, pur in assenza di una esplicita previsione costituzionale, ci sembra oggi un'affermazione difficilmente controvertibile, se non addirittura scontata²⁵. Infatti, superate le perplessità di più risalente, ancorché autorevole, dottrina²⁶, da tempo tra gli Autori ne viene riconosciuta la esistenza.

Più incerta, semmai, nel silenzio del testo, è la individuazione del suo fondamento costituzionale, indicato ora nell'art. 13 Cost., come aspetto della libertà morale²⁷, ora nell'art. 14 Cost., in cui la tutela della libertà di

ma da un certo lassismo giudiziario sul quale occorrerebbe intervenire, anziché restringere le ipotesi di uso del mezzo investigativo.

²⁵ Come condivisibilmente osserva G. M. SALERNO, *La protezione*, cit., 636.

²⁶ Per limitarci ai più noti costituzionalisti, si vedano C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 39; e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova 1969, 970.

²⁷ Si vedano, ad esempio, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2011, 292 ss.; e

domicilio viene intesa come tutela anche della *intimità* del domicilio e di quanto ivi si svolge²⁸, in combinato disposto con l'art. 15 Cost., per l'esplicito riferimento alla segretezza della corrispondenza, ed eventualmente anche con l'art. 13 nel senso poc'anzi specificato²⁹. Da altri Autori invece, il fondamento di questo diritto è individuato nella libertà di manifestazione del pensiero, di cui costituirebbe in pratica un aspetto negativo³⁰, se non nella clausola generale (qui interpretata evidentemente in senso "aperto") di cui all'art. 2 Cost.³¹. Ancora, non sono mancate tesi volte a combinare tutti questi elementi³², o che hanno visto nella tutela della riservatezza non tanto un diritto autonomo quanto piuttosto un principio generale che funge da prerequisito di singole fattispecie nelle quali la riservatezza si pone come condizione per l'effettivo godimento di diritti costituzionali³³. Infine, vi è anche chi ha attribuito un rango costituzionale al diritto in questione, *a fortiori* in base alla formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost. successiva alla riforma del 2001³⁴, per il fonda-

M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli 2009, 135, che invero si riferisce in particolare al diritto all'oblio, per il quale ritiene che questa norma sia il fondamento costituzionale più sicuro, benché non esclusivo.

²⁸ Secondo una interpretazione recentemente sposata esplicitamente anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 2008, in *Giur. cost.* 2008, 1830 ss.

²⁹ In particolare, per questa ricostruzione, A. SANDULLI, A. BALDASSARRE, *Profili costituzionali della statistica in Italia*, in *Dir. soc.* 1973, 382; R. ZACCARIA, L. CAPECCHI, *La libertà*, cit., 332; e T. GROPPI, *Art. 7*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna 2001, 82.

³⁰ Così, tra gli altri, A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano 1972, spec. 32 ss.; e A. CERRI, *Tutela dell'onore, riservatezza e diritto di cronaca in alcune sentenze della Corte*, in *Giur. cost.* 1974, 1348 ss.

³¹ Si tratta di una ricostruzione piuttosto diffusa: *ex plurimis*, A. FRANCESCHELLI, *Il diritto alla riservatezza*, Napoli 1960, 38 ss., il quale invero richiama il generale principio personalista da quella norma espresso piuttosto che la lettera della stessa; più esplicitamente, F. MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza*, cit., 45 ss.; e, in tempi più recenti, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 61 ss.; e G. GIACOBBE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.* 1989, 1243 ss. Peraltro, come è facile intuire, l'art. 2 Cost. è comunque spesso richiamato *ad abundantiam* anche dagli Autori che ritengono prevalenti altri profili circa il fondamento costituzionale di questo diritto.

³² Cfr. per esempio, pur nella inevitabile varietà di argomentazioni e di sfumature, M. BONETTI, *Riservatezza*, cit., 51 ss.; G.M. SALERNO, *La protezione*, cit., spec. 640 ss.; e C. MARINELLI, *Intercettazioni*, cit., 84.

³³ Come ritengono M. MAZZIOTTI, *Diritto all'immagine e Costituzione*, in *Giur. cost.* 1970, spec. 1533 ss.; e F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 20 ss.

³⁴ Sulla CEDU quale elemento di integrazione, attraverso l'art. 117, comma 1, Cost., del parametro di legittimità costituzionale, nella vasta bibliografia specie successiva alle

mento che esso riceve nel diritto internazionale (e segnatamente ad opera dell'art. 8 CEDU, che, come noto, riconosce e garantisce il diritto alla vita privata) nonché nel diritto comunitario (ovvero l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, elevata al medesimo rango dei Trattati ad opera del Trattato di Lisbona)³⁵.

Comunque sia, a prescindere dal tema più generale della esistenza e del preciso fondamento costituzionale di un onnicomprensivo diritto alla *privacy*, rispetto alla tematica che analizziamo in questa sede la soluzione ci sembra alquanto lineare. È infatti certo che, in riferimento specifico alla intercettazione di comunicazioni, la protezione della riservatezza trova già nell'art. 15 Cost. una tutela quanto mai esplicita, di modo che, senza dover prendere posizione sulle varie tesi poc'anzi succintamente ricordate, appare qui fuori di dubbio che esista una precisa garanzia costituzionale di poter comunicare in modo riservato ed evitare che il contenuto di una comunicazione, a prescindere dal mezzo utilizzato, sia conoscibile da parte di terzi³⁶. E ciò, beninteso, non solo a tutela dell'intercettato, ma anche (e, forse, soprattutto) del terzo che con esso si sia trovato a comunicare.

Questa, d'altronde, è la posizione espressa anche dal giudice delle leggi, che, chiamato ad occuparsi in più occasioni della normativa *in su-*

cd. sentenze gemelle della Consulta del 2007, cfr. per tutti, da ultimo, E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 1/11; e A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in *Consulta On Line*, 2012.

³⁵ Così, recentemente, C. SARTORETTI, *Contributo*, cit., 58 ss. e, se bene interpretiamo, E. BASSOLI, *Acquisizione dei tabulati vs. privacy: la data retention al vaglio della Consulta*, in *Dir. internet* 2007, 249. Per un'analisi dettagliata delle disposizioni in questione, cfr., T. GROPPI, *Art. 7*, cit., 76 ss.; e F. DONATI, *Art. 8, ibidem*, 83 ss.

³⁶ A prescindere, quindi, dal fatto che diritto alla segretezza e diritto alla riservatezza siano due distinte situazioni soggettive o, come a noi parrebbe preferibile, il primo rappresenti solo un aspetto, soggetto a regolazione e protezione specifica e più intensa, del più ampio e generale diritto alla riservatezza. Dell'art. 15 come uno degli ambiti della riservatezza costituzionalmente protetti parla G. M. SALERNO, *La protezione*, cit., 661; più favorevoli ad una distinzione tra i due profili, E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 219, che parla della libertà di comunicazione come «una forma di "emersione" esplicita a livello costituzionale» del diritto alla riservatezza, rispetto al quale essa si caratterizza per un oggetto più circoscritto; e A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano 2001, 183 ss., la quale, pur evidenziando che tra segretezza e riservatezza sussiste un rapporto di *species a genus*, afferma che si tratta di due diritti che operano su piani che devono rimanere distinti.

biecta materia, fin dalla già citata sentenza n. 34 del 1973 ha chiaramente affermato che nell'art. 15 Cost. trova disciplina il diritto alla segretezza delle comunicazioni, che rappresenta il parametro di giudizio per la normativa sulle intercettazioni, benché in tutte le decisioni la Consulta non abbia perso l'occasione per evidenziare al contempo che tale diritto deve ritenersi connaturato, più in generale, ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., così da risultare strettamente connesso alla protezione del nucleo essenziale della dignità umana e al pieno sviluppo della personalità³⁷. Ed è con tale richiamo alle clausole generali del testo costituzionale che la Corte finisce per intersecare il parallelo percorso giurisprudenziale che l'ha portata ad affermare appunto l'esistenza di un autonomo diritto alla riservatezza, di cui la segretezza delle comunicazioni finisce per costituire una specie³⁸. Tanto che, non a caso, con la pronuncia n. 173 del 2009 la Corte, in riferimento alle intercettazioni, ha esplicitamente affermato che esse configurano un limite non solo al «diritto inviolabile alla riservatezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione, tutelato dagli artt. 2 e 15 Cost.» ma anche ad un «uguale diritto fondamentale riguardante la vita privata dei cittadini nei suoi molteplici aspetti», di cui la Corte non indica tuttavia il fondamento costituzionale³⁹.

3.2. *La pretesa punitiva dello Stato*

Anche l'interesse a prevenire e reprimere i reati è un interesse di sicuro rilievo costituzionale.

Esso, infatti, trova anzitutto riconoscimento nell'art. 112 Cost. che, se certamente ha come fine principale quello di evitare l'uso discrezionale (e potenzialmente distorto) dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero, esprime anche inevitabilmente, a monte e prima di tutto, l'interesse a che, ogniquale volta vi sia una notizia di reato, l'organo statale preposto si attivi al fine di avviare un'indagine ed arrivare all'accerta-

³⁷ Si vedano, in particolare, oltre a quella citata nel testo, le sentenze nn. 366 del 1991, in *Giur. cost.* 1991, 2914 ss., 81 del 1993, in *Giur. cost.* 1993, 731 ss., 63 e 463 del 1994, in *Giur. cost.* 1994, 363 ss. e 3985 ss.

³⁸ Il percorso in parola, che sarebbe qui ultroneo ripercorrere, viene richiamato, nei suoi passaggi fondamentali, da C. SARTORETTI, *Contributo*, cit., 53 ss; e G. M. SALERNO, *La protezione*, cit., 649 ss.

³⁹ La sentenza può leggersi in *Giur. cost.* 2009, 1917 ss.

mento delle responsabilità penali⁴⁰. Anzi, correttamente è stato rilevato come la doverosità della repressione dei reati, affermata nella disposizione *de qua*, traduce sul piano processuale il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost.: in buona sostanza, se nessuno può essere punito se non in forza di una previa disposizione di legge, chiunque viola tale disposizione dovrà poi essere necessariamente perseguito⁴¹. Non solo, ma, come ha avuto occasione di precisare il giudice delle leggi⁴², dal codice di rito si ricava il principio della completezza delle indagini preliminari, nel senso che il Pubblico Ministero ha l'obbligo di condurre indagini, appunto, non lacunose né superficiali, proprio onde evitare che possa aversi una elusione dell'art. 112 Cost. attraverso un suo rispetto solo formale ed apparente⁴³.

Ma l'interesse alla repressione dei reati trova riconoscimento, secondo l'interpretazione data dalla Corte costituzionale, nello stesso comma 2 dell'art. 15 Cost., laddove viene prevista la possibilità di limitare la libertà e segretezza delle comunicazioni⁴⁴. In sostanza, secondo quanto si legge nelle pronunce della Consulta, nel rinvio alla legge per la definizione dei casi in cui l'Autorità Giudiziaria può limitare tale diritto di libertà, la Costituzione intenderebbe proprio salvaguardare le necessità legate alla repressione criminale⁴⁵, benché, in effetti, a rigore, non vi sia alcun espresso riferimento nel testo che circoscriva a tale esigenza la possibile restrizione del diritto in questione. Comunque sia, ai nostri fini ciò che rileva è che certamente la pretesa punitiva dello Stato costituisce «un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile» e «non si può dubitare ... che tale interesse primario giustifichi anche il ricorso a

⁴⁰ Sul valore costituzionale del perseguimento dei reati in forza dell'art. 112 Cost. insistono particolarmente E. APRILE, F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Milano 2004, 160; e C. PARODI, *Le intercettazioni*, Torino 2002, 14.

⁴¹ Si veda, per tutti, F. BIONDI, N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2006, 135.

⁴² Nella sentenza n. 88 del 1991, in *Giur. cost.* 1991, 586 ss.

⁴³ In tema, cfr., M. MONTAGNA, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino 2007, 254 ss.

⁴⁴ In questi termini, si veda già la sentenza della Corte costituzionale n. 34 del 1973, cit., 326.

⁴⁵ Analogamente, in dottrina, A. PACE, *Art. 15*, cit., 108, secondo cui la garanzia per l'intercettato non può spingersi fino al punto di rendere inutile l'intercettazione, pena, appunto, l'illegittimità costituzionale *ex art.* 15, comma 2, Cost.

un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica»⁴⁶.

Né, infine, come ha opportunamente precisato il giudice delle leggi, ciò contrasta con il diritto di difesa dell'imputato e la correlativa facoltà di non rispondere agli interrogatori. Infatti, mentre il diritto al silenzio dell'inquisito lo tutela in una situazione in cui egli si trova di fronte all'Autorità Giudiziaria, e quindi in una posizione di soggezione psicologica, la situazione è ben diversa quando egli parla liberamente senza sapere di essere intercettato, non essendoci, in tal caso, alcuna possibilità di costrizione morale nei suoi confronti. In tal senso, semmai, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è stato sottolineato come lo strumento dell'intercettazione telefonica serva proprio, in molti casi, a superare, legittimamente, le difficoltà investigative derivanti dal fatto che l'inquisito si avvale della facoltà di non rispondere⁴⁷.

3.3. *Il bilanciamento tra questi interessi...*

Da quanto siamo venuti dicendo, a ben vedere, appare già sufficientemente chiaro che, a seguire l'impostazione del giudice delle leggi, sembra essere lo stesso testo costituzionale dell'art. 15 a prevedere la necessità di un certo contemperamento dei diversi interessi: la segretezza delle comunicazioni va tutelata, ma essa può essere limitata, con le consuete garanzie della riserva di legge e di giurisdizione, allorché si debbano prevenire e perseguire reati, fermo restando il rispetto del nucleo essenziale di questo diritto. Resta dunque da stabilire il *quomodo* ed il *quantum* di tale bilanciamento.

Ebbene, in tal senso, la Consulta ha inteso fornire, in tempi recenti, alcune indicazioni di metodo per le ipotesi in cui il proprio sindacato verta su questo punto. Infatti, con la pronuncia n. 372 del 2006, il giudice delle leggi ha ritenuto di dover restringere il proprio giudizio ad una valutazione di non manifesta irragionevolezza delle limitazioni stabilite dal legislatore a carico di uno degli interessi in gioco e di dover svolgere tale

⁴⁶ Così si legge nella sentenza n. 366 del 1991, cit., 2918. Per intendere l'importanza ai fini investigativi del mezzo di ricerca della prova in questione, si consideri che in giurisprudenza si afferma che le risultanze di questa attività possono costituire fonte diretta di prova della colpevolezza senza necessità di ulteriori riscontri esterni (cfr, da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2011, n. 3882, in *CED Cassazione*, 2012).

⁴⁷ Così Cass. pen., sez. I, 10 novembre 1997, n. 6296, in *Giust. pen.*, 1998, III, 711. In dottrina, sul punto, E. APRILE, F. SPIEZIA, *Le intercettazioni*, cit., XVI.

valutazione in concreto sulla portata di tali limitazioni e non in astratto tra valori in sé considerati⁴⁸.

Sotto il profilo sostanziale, nell'intento di dare compiuta attuazione al diritto alla segretezza della corrispondenza, interpretando in modo alquanto estensivo tanto la richiesta di una motivazione per l'atto dell'Autorità Giudiziaria quanto la locuzione «con le garanzie stabilite dalla legge» di cui all'art. 15 Cost., la Consulta non ha poi esitato a trarre dalla norma alcuni corollari, che essa ritiene indispensabili per una corretta attuazione del disposto costituzionale⁴⁹. E così, la Corte ha affermato: 1) che spetta al giudice bilanciare i due interessi costituzionali, in modo da evitare che il sacrificio per la riservatezza sia sproporzionato rispetto alle esigenze di una efficace repressione penale; 2) che il giudice dovrà disporre le intercettazioni solo ove sussistano reali esigenze investigative per l'amministrazione della giustizia e 3) purché questo strumento si riveli effettivamente indispensabile ai fini dell'indagine; 4) che il provvedimento del giudice dovrà essere adeguatamente e specificamente motivato in relazione agli elementi di cui ai punti precedenti; 5) che il legislatore deve prevedere forme di garanzia in merito alla predisposizione di servizi, tali da assicurare il costante controllo del giudice sull'attività intercettiva; 6) che devono essere previsti limiti rispetto alla utilizzabilità del materiale acquisito, prevedendo la segretezza di ciò che non è rilevante ai fini delle indagini nonché 7) la inutilizzabilità del materiale acquisito in violazione delle norme procedurali; 8) che la durata delle intercettazioni deve essere limitata e 9) che possono essere concesse proroghe solo ove giustificate; 10) che la legittimità del provvedimento che autorizza le intercettazioni deve essere sindacabile nel corso del procedimento⁵⁰.

A questa giurisprudenza del giudice delle leggi, d'altro canto, ha fatto eco la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a più riprese a

⁴⁸ La sentenza, che può essere letta in *Giur. cost.* 2006, spec. 3926 ss., affrontava diverse questioni riguardanti l'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003 nella parte in cui disciplinava l'accesso ai dati di traffico telefonico nei ventiquattro mesi successivi alle relative comunicazioni, prevedendo la necessità di un intervento del giudice a carattere autorizzatorio affinché il pubblico ministero potesse ottenere le informazioni richieste.

⁴⁹ In senso analogo, al riguardo, si veda G.M. SALERNO, *La protezione*, cit., 669, il quale parla significativamente di «una sorta di decalogo» della Corte.

⁵⁰ Si noti che i principi in questione, in gran parte già esplicitamente enunciati nella citata sent. n. 34 del 1973, hanno poi trovato una conferma nelle pronunce citate *supra*, alla nota 37.

pronunciarsi sulla base dell'art. 8 della CEDU, che, come abbiamo accennato, riconosce e tutela il diritto al rispetto della vita privata, del domicilio e della corrispondenza, consentendone limitazioni (ivi incluse le intercettazioni telefoniche, come la Corte ha precisato fin dalla sentenza *Klass* del 1978) qualora esse siano previste dalla legge e per gli scopi indicati in Convenzione (tra cui, per quanto rileva in questa sede, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, ma anche la tutela dei diritti altrui) e si tratti di limitazioni necessarie in una società democratica al raggiungimento di detti scopi. Ebbene, è sulla base di tale previsione che, nella giurisprudenza della Corte europea, si è andato consolidando l'orientamento in forza del quale la legge nazionale deve indicare le categorie di persone sottoponibili ad intercettazione, i reati per cui queste sono possibili, la durata delle stesse, la necessità di un controllo da parte di un giudice terzo ed imparziale, le indicazioni precise circa l'uso e la conservazione delle registrazioni⁵¹.

Ed è proprio tentando (anche se, invero, non sempre in modo rigoroso) di dare puntuale attuazione a queste statuizioni giurisdizionali che il legislatore italiano ha in effetti disciplinato le intercettazioni di comunicazioni nelle norme del codice di procedura penale⁵².

3.4. ...e la opportunità di un suo ripensamento

Il discorso condotto dalla Corte costituzionale, suffragato dalla giurisprudenza di Strasburgo, che abbiamo testé richiamato e che è stato, almeno nelle intenzioni, recepito dal legislatore ordinario, non ci pare però del tutto convincente, ove venga portato ad estreme conseguenze.

Infatti, il bilanciamento che con esso si propone sembra avallare l'impostazione di quel «costituzionalismo ipergarantista», che una dottrina, seppure minoritaria, ha da tempo sottoposto ad alcune critiche, che rite-

⁵¹ Per un'accurata ricostruzione di questa giurisprudenza, con ampi richiami alle singole pronunce, rinviamo a A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino 2008, 426 ss., i quali ripercorrono anche il parallelo bilanciamento che il giudice di Strasburgo compie tra tutela della privacy e libertà di cronaca, pure tutelata dalla Convenzione.

⁵² Tra le quali, come evidenzia A. PACE, *Art. 15*, cit., 107, va distinto il contenuto costituzionalmente necessario da quello facoltativo, laddove al primo è riconducibile la disciplina degli scopi, della durata, dei casi e dei modi per eseguire l'intercettazione, nonché le norme sul segreto delle comunicazioni non rilevanti per il procedimento penale.

niamo completamente condivisibili⁵³. È al riguardo nostra opinione che la potestà punitiva dello Stato non debba essere vista come un'espressione di autorità che si oppone ai diritti di libertà dei consociati⁵⁴, ma, esattamente al contrario, la tutela penale (cui il diritto processuale è in qualche misura strumentale) è strettamente funzionale alla garanzia della effettività dei diritti⁵⁵, di modo che una corretta lettura delle norme costituzionali dovrebbe portare a valorizzare ed agevolare per quanto possibile l'esigenza di accertamento dei reati e di punizione dei relativi responsabili⁵⁶.

In tal senso, del resto, pur valorizzando, come si è detto poc'anzi, le garanzie poste dalla Convenzione a tutela dell'intercettato, si è espressa a più riprese anche la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale da diverse norme convenzionali discenderebbe l'obbligo posi-

⁵³ Alludiamo in particolare a G. GEMMA, *Costituzionalismo, Costituzione e criminalità organizzata*, in AA.VV., *Archivio di diritto costituzionale*, Torino 1997, 109 ss.

⁵⁴ In termini, G. GEMMA, *Diritto costituzionale e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Dir. soc.* 1986, spec. 465 ss. e 484 ss. Simile, anche se poi difforme in alcune conclusioni, è la posizione di C. SARTORETTI, *Contributo*, cit., 131, la quale afferma che tra sicurezza e diritti di libertà non vi è antinomia, la prima essendo funzionale ai secondi, anche se, proprio per questo, l'A. pone in particolare l'accento sul limite alla potestà punitiva derivante dal rispetto dei diritti inviolabili. *Contra*, in modo netto, si veda T. E. FROSINI, *Privacy*, loc. cit., il quale, dopo aver affermato che «nel bilanciamento dei diritti prevale sempre e comunque il diritto fondamentale del cittadino, anche di fronte al diritto allo svolgimento dell'azione penale», conclude che «questo non è garantismo, ma piuttosto costituzionalismo».

⁵⁵ Si pensi, per fare un esempio evidente, alla funzionalità della repressione penale dell'omicidio ai fini di una reale tutela del diritto alla vita. In generale, sul tema, si vedano le argomentazioni, pienamente condivisibili, di P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Firenze 1993, 57 ss., il quale afferma che il diritto penale è posto «per rendere operativi i valori che sono oggetto a loro volta dei diritti fondamentali», così che il suo scopo «non solo non è contrastare i diritti fondamentali, bensì opera[re] a favore loro e quindi anche a favore dell'individuo», configurandosi semmai «come conseguenza stessa delle libertà costituzionali» (corsivo testuale). Peraltro, tale assunto trovava già una sua limpida affermazione nella dottrina penalistica classica; cfr., per rinviare ad un'autorevole trattazione della disciplina, F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze 1898, vol. I, 268, ove si legge che «il giure penale non è ... un moderatore della libertà umana. Esso ne è il protettore. Chi lo desicrisse come un freno di libertà, ne falsò la natura».

⁵⁶ Come scrive G. GEMMA, *Diritto*, cit., 462 ss., la Costituzione non rappresenta solo un limite ma anche un imperativo all'esercizio della potestà punitiva. Cfr. anche O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino 2001, IX, per il quale «il diritto penale rappresenta un elemento irrinunciabile dell'organizzazione di una società ... nella funzione concreta di scudo protettivo dei diritti umani ed espressione del legame della società con le vittime della loro violazione».

tivo per il legislatore sia di tutelare penalmente determinati beni sia di rendere effettiva ed efficace la sanzione penale⁵⁷, ed in dottrina analogo ragionamento è stato svolto con riferimento alla Carta europea dei diritti fondamentali, che appunto imporrebbe il ricorso allo strumento penale per contrastare le offese a (parte dei) diritti ivi riconosciuti⁵⁸.

Inoltre, relativamente al discorso che andiamo svolgendo, non può trascurarsi che spesso il bilanciamento tra diritto alla riservatezza dell'inquisito e interesse dello Stato ad esercitare la propria potestà punitiva viene svolto trascurando l'esistenza di un terzo interesse in gioco, qual è la tutela della persona offesa dal reato⁵⁹: di modo che, se è vero che le stesse intercettazioni possono presentarsi lesive della dignità dell'inquisito, è pur vero che nel conflitto tra dignità del reo e dignità della vittima, è quest'ultima a dover tendenzialmente prevalere. Ovviamente, come è stato posto in rilievo⁶⁰, questa esigenza di protezione della vittima del reato non è mai formalmente negata né posta in discussione da alcuno, ma ci pare non meno evidente che è esattamente ciò che finisce comunque per accadere nei fatti, allorché il diritto alla riservatezza dell'inquisito vada ad assumere un valore tale da impedire od ostacolare gravemente l'esercizio di un'attività di fondamentale importanza per l'accertamento dei reati, quali sono le intercettazioni di comunicazioni. Non a caso, in dottrina si è giunti, non senza fondamento, a rilevare che, almeno in taluni casi, si è andato formando un «clima normativo che,

⁵⁷ Per una significativa disamina di questi casi, si veda E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, 255 ss., il quale evidenzia che così la giurisprudenza aderisce alla tesi secondo cui il diritto penale non è solo uno strumento statale pericoloso per i diritti ma anche uno strumento «utile, se non necessario e indispensabile, per una effettiva protezione ed affermazione degli stessi diritti». In tema, ampiamente, anche F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, Milano 2003, spec. 75 ss.

⁵⁸ Così, V. MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale*, in *Dir. pen. XXI secolo* 2003, spec. 54 ss.

⁵⁹ Per una (rara) occasione in cui la tutela della persona danneggiata dal reato compare nella giurisprudenza della Corte costituzionale, si veda la pronuncia n. 390 del 2007, relativa, sia pure sotto un profilo assai specifico, al tema di cui ci andiamo occupando, in *Giur. cost.* 2007, 4367 ss. In generale, comunque, la giurisprudenza della Corte sembra piuttosto propensa a ribadire la posizione di inferiorità in cui, nel processo penale, versa la persona offesa rispetto al Pubblico Ministero ed all'imputato, escludendo che questa goda di un diritto alla prova: cfr., da ultimo, l'ordinanza n. 339 del 2008, in *Giur. cost.* 2008, 3788 ss.

⁶⁰ Da G. GEMMA, *Costituzionalismo*, cit., 136 ss., il quale parte appunto dalla prospettiva che «la tutela della vittima deve avere la priorità».

per eccessi di sensibilità alla *privacy*, perde di vista equilibri più complessi»⁶¹.

Né, crediamo, vale obiettare che la disciplina delle intercettazioni coinvolge anche un ulteriore interesse, ovvero quello alla riservatezza del terzo che si trovi a comunicare con il soggetto inquisito. Non che ciò non sia vero, il che anzi è un dato chiaramente innegabile⁶², ma è pur vero che il terzo, se da un lato deve essere tutelato rispetto all'uso (e specialmente alla divulgazione) di comunicazioni non rilevanti ai fini dell'indagine, dovrà tuttavia sopportare, ove l'intercettazione sia legittimamente disposta e il contenuto attinente all'indagine, una qualche compressione della segretezza delle sue comunicazioni, in quanto prevalente ci pare l'esigenza di tutelare chi sia stato vittima di un reato rispetto a chi, pur diverso dall'autore del fatto, non abbia subito un tale pregiudizio. Non solo, ma il sacrificio sofferto dal terzo intercettato, se da un lato risponde ad un adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., per altro verso comporta innegabilmente un beneficio, sia pure indiretto, anche nei suoi confronti, posto che la punizione di un delinquente giova alla società nel suo complesso e la garanzia dei diritti di un singolo giova a tutti i consociati.

E allora, se applichiamo questa, a nostro avviso più corretta, lettura del costituzionalismo, dovremo ammettere che certo esiste un diritto alla riservatezza dell'inquisito e tanto più del soggetto terzo che sia parte della comunicazione, che certo la limitazione di tale diritto dovrà avvenire solo allorché e nella misura in cui essa sia necessaria e comunque proporzionata alle esigenze di accertamento criminale, ma anche che quando tali due condizioni di base siano rispettate, il diritto alla riservatezza dovrà cedere alle esigenze di repressione criminale⁶³, e ciò *in primis*

⁶¹ F. DE LEO, *Due o tre cose su dati di traffico e tutela della privacy*, in *Quest. giust.* 2004, 840.

⁶² Così come conveniamo con A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 470, sul fatto che l'attuale disciplina andrebbe migliorata a tutela del terzo, estendendo a suo favore la previsione dell'avviso del deposito in segreteria delle comunicazioni che lo riguardano e del diritto di prenderne visione, salvo diverse esigenze investigative.

⁶³ *Contra*, per citare un esempio significativo dell'atteggiamento particolarmente garantista prevalente in dottrina, cfr. la netta presa di posizione di A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"*, in *Cass. pen.* 1999, 1193 ss., che, sia pure riferendosi specificamente alle intercettazioni di immagini, afferma che sul piano etico ci sarebbero ottimi motivi per rifiutare lo strumento investigativo delle riprese, perché conviene riconoscere a tutti gli individui, anche

a vantaggio della persona offesa dal reato. Così che, per riprendere le parole della dottrina più volte citata, anche rispetto al tema di cui ci occupiamo, dovranno giudicarsi «illegittime costituzionalmente tutte le norme processuali che, ingiustificatamente, precludono, o rendono difficoltoso l'accertamento della verità»⁶⁴. Del resto, un primo intervento della Consulta volto a riequilibrare, sia pure in relazione ad un profilo inevitabilmente specifico, il bilanciamento tra riservatezza ed altri interessi di primario rilievo nel processo penale si è avuto con la sentenza n. 173 del 2009, ove si legge a chiare lettere che la tutela della riservatezza non giustifica «una eccessiva compressione dei diritti di difesa e di azione e del principio del giusto processo». Il che, ci pare, non solo avalla l'idea che la legislazione più recente abbia preso un indirizzo sbilanciato a favore della tutela di questo pur fondamentale diritto⁶⁵, ma conferma altresì la convinzione che ridiscutere il corretto assetto del rapporto tra gli interessi costituzionali in gioco sia una priorità, in vista di auspiccate riforme complessive.

4. *Il bilanciamento all'opera: disciplina delle intercettazioni e legittimità costituzionale*

Dopo avere illustrato quale riteniamo sia il corretto bilanciamento tra gli interessi costituzionali coinvolti nella disciplina delle intercettazioni, cercheremo ora di indicare, nelle loro linee essenziali, quali sono a nostro avviso i più rilevanti profili critici della regolazione positiva che tale attività investigativa riceve, senza ovviamente analizzare tutte le pur importanti questioni di dettaglio poste dalle singole norme vigenti⁶⁶. Non senza anticipare, in via generale, che diverse disposizioni processuali e non poche proposte di modifica *in subiecta materia* appaiono, come vedremo,

sospettati di gravi reati, uno spazio incompressibile di intimità, inaccessibile anche agli inquirenti. Ma, in senso più ampio, vedi anche M. BONETTI, *Riservatezza*, cit., 126.

⁶⁴ G. GEMMA, *Costituzionalismo*, cit., 163.

⁶⁵ Si osservi, per inciso, che la Corte fin dalla più volte citata sent. 34 del 1973 aveva parlato della necessità di un contemperamento tra gli interessi costituzionali in gioco, significativamente ponendosi, però, allora, nella opposta prospettiva che la riservatezza delle comunicazioni non dovesse essere sproporzionatamente sacrificata.

⁶⁶ Un'accurata ricostruzione della normativa, con ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza, può leggersi in P. BALDUCCI, *Le garanzie*, cit., 91 ss.; nonché, più di recente, in A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., 25 ss.

non aderenti alla lettura che crediamo preferibile del dettato costituzionale.

4.1. I limiti di ammissibilità

L'art. 266 c.p.p. indica i reati per i quali è possibile procedere ad intercettazioni, ovvero i delitti non colposi e i delitti contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni ed altri delitti individuati o per la loro gravità (come quelli concernenti le armi o gli stupefacenti) o per la loro attinenza all'ambito delle comunicazioni (quali per esempio le molestie a mezzo del telefono).

La previsione, in sé, di limiti oggettivi alla ammissibilità di questo mezzo di ricerca della prova viene fondata, tanto dalla Corte costituzionale quanto dalla Corte di Strasburgo, sul presupposto che la effettiva garanzia della segretezza delle comunicazioni richieda un ricorso assolutamente eccezionale a questo mezzo investigativo⁶⁷, da limitare pertanto a quelle ipotesi che il legislatore, con sua valutazione discrezionale⁶⁸, ritenga di maggiore allarme sociale. Laddove, peraltro, la discrezionalità del legislatore si è sempre dipanata, come si è visto, di norma attraverso un criterio di tipo quantitativo, parametrato sul *quantum* di pena editale⁶⁹, e solo eccezionalmente di tipo qualitativo⁷⁰.

Ora, è nostra opinione che la previsione dei limiti contenuti nell'art. 266 citato sia, sì, conforme a Costituzione, ma per ragioni affatto diverse da quelle normalmente addotte.

⁶⁷ Cfr, ancora una volta, la sentenza n. 34 del 1973 della Consulta. In dottrina, si esprimono, almeno in forma dubitativa, per la incostituzionalità di una disciplina priva di limiti oggettivi di ammissibilità, tra gli altri, V. GREVI, *Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1967, 733 ss.; G. ILLUMINATI, *La disciplina*, cit., 74; ed A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 64 ss., il quale giustifica la maggiore severità che in tal caso si ha rispetto alla disciplina di altri mezzi di ricerca della prova, quali le perquisizioni, con la necessità di tutelare i terzi coinvolti nelle comunicazioni.

⁶⁸ La rilevante discrezionalità del legislatore sul punto, che rende difficile concludere con certezza per la incostituzionalità di qualunque scelta, è posta in luce da E. MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.* 2008, 4839.

⁶⁹ Per una critica alle modalità di calcolo della pena editale, cfr. A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 68, per il quale il criterio prescelto finisce per allargare surrettiziamente i limiti di ammissibilità.

⁷⁰ Come invece auspicato in dottrina, per esempio, da P. FERRUA, *Privacy*, cit., 121.

Da un lato, infatti, riteniamo che l'opinione secondo cui, per tutelare il diritto alla segretezza delle comunicazioni, l'intercettazione deve essere limitata a reati di particolare gravità rappresenti una forzatura interpretativa, non trovando alcun riscontro nel testo costituzionale⁷¹. Qualunque reato, in quanto tale, giustifica sia la pretesa statale alla condanna del delinquente, sia la tutela della vittima che dal reato abbia visto lesa un proprio diritto: di fronte a queste esigenze, ci sembra pertanto che la tutela della segretezza debba cedere, laddove semmai è il ricorso allo strumento della sanzione penale che dovrebbe essere attentamente utilizzato dal legislatore e quindi riservato a fattispecie di effettiva gravità ed allarme sociale. Ma, in tal caso, va da sé che il rimedio dovrebbe essere la modifica della norma incriminatrice, e non già la riduzione della sua effettività attraverso la preclusione all'utilizzo di mezzi investigativi.

Dall'altro lato, tuttavia, non va trascurato che, ove non esistessero limiti alla ammissibilità delle intercettazioni ed a queste si facesse ricorso per ogni illecito penale, date le risorse di tempo, umane ed economiche che l'intercettazione comporta⁷², vi sarebbe il rischio che l'uso di questo mezzo investigativo per reati minori finisca per andare a discapito della repressione di quelli di maggiore allarme⁷³. Senza contare che un ricorso sistematico alle intercettazioni potrebbe indurre in molti il sospetto di essere intercettati e pertanto far propendere per il silenzio o per fornire informazioni devianti, minando così la stessa utilità del mezzo investigativo⁷⁴. Ed allora, proprio per l'esigenza che l'attività intercettiva risulti

⁷¹ Non caso, come rileva E. MARZADURI, *Spunti*, cit., 4837 ss., a ben vedere né la dottrina che si era occupata del tema prima della riforma del 1974, quando non erano previsti limiti di ammissibilità dalla normativa allora vigente, né la stessa Corte costituzionale nella sent. 34 del 1973 si erano mai espresse nel senso che la delimitazione a determinate fattispecie criminose fosse costituzionalmente imposta, pur ritenendola scelta decisamente auspicabile.

⁷² Sui costi economici delle intercettazioni, si vedano le considerazioni di M. L. BINTONTO, *Lungo la strada*, cit., 10 ss.

⁷³ Come sembrano paventare in particolare E. APRILE, F. SPIEZIA, *Le intercettazioni*, cit., XVIII. Solo in questo senso riteniamo di aderire ai rilievi di E. MARZADURI, *Spunti*, cit., 4838, secondo cui l'esigenza di reprimere i reati si manifesta in termini diversificati in relazione al disvalore del fatto rendendo opportune soluzioni parimenti differenziate nel rapporto tra libertà e autorità.

⁷⁴ È quanto sottolinea P. FERRUA, *Privacy*, cit., 127, anche se, invero, per detto Autore ciò rappresenta un argomento per restringere la disciplina del ricorso al mezzo investigativo *tout court* e non per giustificare limiti alla ammissibilità quali quelli di cui stiamo discorrendo.

davvero efficace, crediamo sia doveroso per il legislatore restringerne l'uso a casi di effettiva gravità.

In quest'ottica, pertanto, la norma processuale *de qua* rappresenta, a nostro avviso, un bilanciamento accettabile, dato che si tiene conto della pena edittale come un ragionevole criterio su cui valutare l'allarme sociale e l'antigiuridicità del fatto, laddove il massimo della pena di cinque anni può essere un valido discrimine per individuare i fatti di maggiore gravità. Né vale obiettare che tale criterio rischi di peccare tanto in eccesso quanto in difetto rispetto alla valutazione in termini di disvalore di singole fattispecie che verrebbero escluse o incluse in forza del solo dato edittale di pena⁷⁵, perché, nel complesso, esso, oltre ad apparire nella maggior parte dei casi conforme ad una adeguata valutazione di disvalore, fornisce l'ulteriore e non secondario vantaggio di includere automaticamente nuove fattispecie penali che venissero introdotte. Laddove, semmai, potrebbe essere oggetto di critica la pena edittale stabilita per determinati reati, più che la loro conseguente automatica inclusione od esclusione tra quelli per cui è ammessa l'intercettazione. Va poi da sé che una restrizione delle ipotesi di ricorso alle intercettazioni, quale era, almeno inizialmente, prevista ad esempio dal più volte citato d.d.l. 1415-B, porterebbe ad un inaccettabile squilibrio a danno della repressione penale, peraltro senza alcuna effettiva maggiore tutela della *privacy*, dato che solo la modifica delle norme sulla pubblicità del contenuto di esse potrebbe portare a questo risultato⁷⁶.

⁷⁵ Come fanno, ad esempio, L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 80 ss; e A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., 72 ss. Il primo di questi Autori, peraltro (*op. cit.*, 49 ss.), annovera tra i reati non gravi per i quali sarebbe inopportuno il ricorso alle intercettazioni anche le molestie per mezzo del telefono. Sennonché, su questo punto, è facile ribattere che si tratta di una ipotesi in cui è il mezzo stesso utilizzato per commettere il reato a richiedere, per un'efficace attività repressiva, il ricorso alla intercettazione, né certo va tutelata la riservatezza di chi usa il mezzo comunicativo per minacciare o molestare altri. Semmai, come evidenzia E. MARZADURI, *Spunti*, cit., 4839, ove per tali reati fosse preclusa l'intercettazione, essi rischierebbero di rimanere impuniti, in violazione dell'art. 112 Cost.

⁷⁶ Come scrive efficacemente A. NAPPI, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *Cass. pen.* 2009, 473, restringere l'uso delle intercettazioni ai reati più gravi impedisce di usarle per i reati minori, ma non che esca ogni genere di notizia relativa a quelli. Critiche all'iniziale disegno di legge sono state sollevate, tra gli altri, anche da V. GREVI, *Le intercettazioni*, cit., 849, che rilevava come esso rispondesse al convincimento, verosimilmente ispirato ad altre finalità, che la limitazione alla divulgazione di notizie si dovesse perseguire attraverso una drastica riduzione delle fattispecie per cui è ammessa l'intercettazione; e da V. MAFFEO, *La riforma in itinere delle intercettazioni, tra tutela della privacy ed esigenze dell'accertamento*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 512, per la quale la tutela della riservatezza si

Appare poi scontato, alla luce di quanto andiamo sostenendo, che non condividiamo l'assunto dottrinario⁷⁷ per cui dovrebbe risultare inutilizzabile l'intercettazione qualora, nel seguito del procedimento, il fatto fosse derubricato verso altra fattispecie per la quale non è ammessa l'intercettazione. Infatti, se la limitazione dei reati per cui le intercettazioni sono ammissibili si giustifica solo sulla base di un criterio di efficacia del mezzo investigativo in generale, non vi sono ragioni per non utilizzare materiale lecitamente acquisito sulla base di un giudizio formulato in un momento in cui è oggettivamente possibile che la qualificazione del fatto, pur sempre costituente reato, risulti non del tutto chiara. La non utilizzabilità, in questo caso, andrebbe solo a detrimento della potestà punitiva dello Stato, favorendo indebitamente la tutela della riservatezza di chi è responsabile di un fatto di reato, senza che a ciò possa portare alla soddisfazione di alcun interesse costituzionale.

4.2. *Le intercettazioni ambientali*

L'art. 266 del codice di rito penale si occupa anche delle intercettazioni tra presenti (meglio note come intercettazioni ambientali), ovvero di quei casi in cui l'intercettazione avvenga non a distanza ma attraverso la registrazione di una comunicazione tra persone contemporaneamente presenti in un certo luogo. Tale attività ha dato vita, da tempo, ad un ampio dibattito per ciò che concerne le intercettazioni captate in luoghi di privata dimora, in quanto ricadenti non solo nell'ambito di applicazione dell'art. 15 Cost., ma anche nella protezione che l'art. 14 Cost. assegna al domicilio. Proprio per tale motivo, la norma prevede che, ove l'intercettazione debba avvenire in un luogo di privata dimora, qui sia

deve ricercare sul piano della effettiva indispensabilità dell'intercettazione e non escludendone *in nuce* l'ammissibilità.

⁷⁷ Si vedano, per esempio, G. ILLUMINATI, *La disciplina*, cit., 77; e L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 198. La giurisprudenza, peraltro, è orientata in senso opposto, per la considerazione che il giudizio sulla ammissibilità è frutto di una valutazione *rebus sic stantibus* e non sulla base di elementi emersi successivamente: cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. I, 19 maggio 2010, n. 24163, in *Cass. pen.* 2011, 3941. Una soluzione intermedia, astrattamente condivisibile ma di realizzabilità pratica quanto meno dubbia, è quella proposta da C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.* 2011, 3656, che propone di dichiarare inutilizzabili le (sole) intercettazioni per le quali appaia manifesto che la qualificazione iniziale tra i reati di cui all'art. 266 c.p.p. era meramente strumentale allo scopo di poter fare ricorso, in modo elusivo, a questo mezzo di ricerca della prova.

possibile procedere solo nel caso in cui vi sia il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, così restringendo la possibilità di utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova.

Al riguardo, è nostra opinione che il bilanciamento appena descritto risulti eccessivamente restrittivo rispetto all'obbligo di esercizio dell'azione penale. Infatti, se certo in questi casi si ha una limitazione contestuale della libertà e segretezza delle comunicazioni e della libertà di domicilio, è parimenti innegabile che anche per quest'ultima debbano valere le considerazioni già svolte in generale, per cui tali limitazioni possano ritenersi ammissibili quando rappresentino l'unico mezzo efficace per lo Stato per esercitare la propria pretesa punitiva, e questo, ancora una volta, a difesa dei diritti costituzionalmente riconosciuti, e non già per sminuirne l'importanza o la effettività. Sicché limitare la possibilità di intercettazione al caso di fondato motivo che vi si svolga l'attività criminosa ci sembra una limitazione eccessiva⁷⁸, che non risponde ad un corretto bilanciamento tra gli interessi costituzionali in gioco. Il quale, semmai, richiederebbe che l'attività intercettiva fosse ammessa anche laddove questa fosse finalizzata alla individuazione dell'autore del reato o all'acquisizione di elementi di indagine, ancorché in quel luogo non si stia attualmente consumando alcun reato.

4.3. *Le intercettazioni di immagini*

L'intercettazione di immagini appare un profilo assai problematico nella disciplina complessiva di questo mezzo di ricerca della prova, per la possibilità che esso involga, come visto per le intercettazioni ambientali, anche un ulteriore diritto costituzionalmente tutelato quale la libertà di domicilio. Problema, peraltro, aggravato dalla mancanza di una disciplina legislativa sul punto, che ha costretto la giurisprudenza a colmare il vuoto, cercando di elaborare soluzioni adeguate per consentire il ricorso a questo mezzo investigativo.

In particolare, non senza travaglio, sulla base di decisioni rese tanto dalla Consulta quanto dalla Cassazione, può ora dirsi che si ha una disciplina distinta a seconda a) del fatto che le immagini abbiano ad oggetto

⁷⁸ Di «garantismo iperbolico» parla anche F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, 855. Si osservi, tra l'altro, che proprio in molte ipotesi di flagranza di reato sarebbe probabilmente più opportuno disporre l'intervento diretto degli organi di polizia per porre termine all'attività criminosa piuttosto che la sola intercettazione.

attività di valore comunicativo, ovvero volte a trasmettere messaggi, anche se non verbalmente, o al contrario comportamenti che non hanno un simile valore e b) del luogo, pubblico o privato, in cui si svolge l'attività intercettata⁷⁹.

Per stabilire se una determinata intercettazione, nel silenzio del legislatore, sia ammissibile, occorre perciò, *in primis*, verificare se le immagini oggetto di ripresa riguardino comportamenti a valore comunicativo oppure no (criterio *sub a*)⁸⁰.

Nel primo caso, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 135 del 2002⁸¹, l'intercettazione di immagini viene considerata nulla più che una normale intercettazione ambientale, pertanto soggetta alle regole procedurali per essa previste. In questo caso, infatti, benché sia innegabile che attraverso l'immagine l'invasione nella sfera privata sia maggiore rispetto alla sola intercettazione di una comunicazione verbale⁸², si verte pur sempre nell'ambito di una captazione di comunicazioni e quindi nell'ambito di operatività dell'art. 15 Cost. Di modo che il bilanciamento tra esigenze investigative e tutela della riservatezza operato dal legislatore negli artt. 266 e ss. c.p.p. può ritenersi pienamente applicabile, stante la sostanziale identità di *ratio* ed analogia nel modo di operare dei due mezzi investigativi. Parimenti, anche una auspicabile disciplina legislativa *ad hoc* potrebbe sul punto, a nostro avviso, equiparare *tout court* le intercettazioni di immagini a quelle ambientali, come del resto faceva, ad esempio, da ultimo, il d.d.l. 1415-B⁸³.

La verifica del valore comunicativo rende superfluo stabilire se l'attività intercettata attraverso la videoripresa si sia svolta in luogo pubblico o di privata dimora, dato che, anche nel secondo caso, secondo la Consulta, non sarebbe ostativo il fatto che l'art. 14, comma 2, Cost. ammetta

⁷⁹ Per un chiaro ed accurato approfondimento di queste distinzioni e dei loro possibili intrecci, cfr. F. CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. cost.* 2008, 1832 ss.

⁸⁰ Prescindiamo qui interamente da ogni considerazione sulla difficoltà concreta, poi, di determinare quando un comportamento abbia contenuto comunicativo o meno, essendo piuttosto numerosi i casi limite in cui è ben difficile compiere questa valutazione. Per questi profili, ci limitiamo a rinviare, *ex plurimis*, alle note di C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova 2007, 222.

⁸¹ In *Giur. cost.* 2002, 1062 ss.

⁸² Come rileva, tra l'altro, A. CAMON, *Le riprese*, cit., 1203, che proprio per questo afferma che filmare una comunicazione produrrebbe una lesione della *privacy* sproporzionata rispetto al fine.

⁸³ Concorda sul punto A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., 103.

limitazioni alla libertà domiciliare solo attraverso ispezioni, perquisizioni e sequestri. Infatti, ad avviso del giudice delle leggi, l'elenco di cui alla norma in questione avrebbe carattere aperto e non tassativo, non potendosi immaginare che esso debba intendersi cristallizzato all'epoca della scrittura del testo costituzionale, quando i mezzi investigativi in questione non erano nemmeno prevedibili⁸⁴.

Qualora, invece, l'intercettazione non abbia ad oggetto comportamenti comunicativi (ma, per esempio, direttamente la consumazione di un reato o altri eventi rilevanti ai fini dell'indagine) occorre distinguere se le immagini vengano carpite in luoghi pubblici o privati (criterio *sub b*).

Quanto ai primi, l'intercettazione è ritenuta ammissibile come prova innominata *ex art.* 189 c.p.p., perché, pur avendo ad oggetto comportamenti non comunicativi, lo svolgimento delle riprese in luogo pubblico non pone, evidentemente, il problema del rispetto delle garanzie previste dall'art. 14 Cost.⁸⁵.

Quanto ai secondi, invece, il fatto che entri in gioco la libertà di domicilio fa sì che, in assenza di una espressa previsione legislativa come stabilito dalla norma costituzionale, che pone al riguardo una riserva assoluta, debbano ritenersi inammissibili, in quanto prove incostituzionali⁸⁶, le intercettazioni di immagini avvenute all'interno di un domicilio⁸⁷. Benché anche tale conclusione non sia esente da critiche in dot-

⁸⁴ Per una critica a tale profilo della decisione, cfr. C. CONTI, *Accertamento*, cit., 201 ss. nonché, tra i costituzionalisti, A. PACE, *Le videoregistrazioni «ambientali» tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, e F.S. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sotto-ordinata»?*, entrambi in *Giur. cost.* 2002, 1070 ss. e 1076 ss., i quali, pur condividendo sostanzialmente le conclusioni della Consulta, criticano l'affermazione che per ammettere una intercettazione occulta sia necessario considerare aperto l'elenco di cui all'art. 14, comma 2, ritenendo invece sufficiente una interpretazione evolutiva del *dictum* della norma.

⁸⁵ Se questo era già l'orientamento più recente della Cassazione, nel medesimo senso si veda la pronuncia n. 149 del 2008 della Corte costituzionale, cit., 1831. L'assunto è pacifico anche nella dottrina più garantista; cfr., ad esempio, A. CAMON, *Le riprese*, cit., 1213.

⁸⁶ Ricordiamo qui solo per inciso che tale concetto è tutt'altro che universalmente accolto dalla dottrina processualpenalistica, anche se pacifica è comunque l'esclusione in tal caso dell'utilizzabilità delle prove così acquisite. Per una ricostruzione del dibattito dottrinario su punto, rinviamo per tutti a C. MARINELLI, *Intercettazioni*, cit., 140 ss., ove l'A. riporta anche alcune critiche a detta ricostruzione.

⁸⁷ Ancora una volta, sul punto, si registra la convergenza della giurisprudenza di legittimità rispetto alle pronunce del giudice delle leggi citate nelle note precedenti.

trina⁸⁸, ci pare che in effetti, *rebus sic stantibus*, la posizione espressa dalla Consulta sia difficilmente controvertibile, per l'evidente sussistenza di una riserva assoluta di legge, che la Corte ha espressamente rifiutato di colmare, nella citata sentenza n. 135 del 2002, attraverso una propria pronuncia additiva che estendesse alla intercettazioni di immagini prive di contenuto comunicativo la normativa vigente sulle intercettazioni. Il che pure ci pare corretto, data la diversità degli interessi costituzionali in gioco, che impedisce di sovrapporre alla valutazione del legislatore quella del giudice delle leggi, benché vi sia una analogia, ma non una identità, nel modo di operare dei due mezzi investigativi e nelle finalità con essi conseguite⁸⁹. Semmai, quello che si rende pressante è un intervento del legislatore che disciplini esplicitamente le intercettazioni di immagini nel domicilio, ciò che a nostro avviso, secondo quanto già suggerito in relazione alla intercettazione di comunicazioni, dovrebbe tenere conto di quanto si è venuti dicendo circa la necessità di favorire l'accertamento delle responsabilità penali ogniqualvolta ciò non comporti una sproporzionata limitazione della riservatezza dell'inquisito⁹⁰.

Da ultimo, va osservato che attualmente, a complicare il quadro – sia pur nel lodevole intento di salvaguardare le esigenze della repressione criminale in assenza di un adeguato sforzo in tal senso da parte del legislatore – la giurisprudenza di legittimità⁹¹ ha introdotto anche una categoria intermedia assai discussa, i cd. luoghi riservati, nei quali la *privacy*

⁸⁸ Come quelle di F. CORDERO, *Diritti, malaffare, suoni, immagini*, in ID., *Aspettando la cometa*, Torino 2008, 160 ss., per il quale «intrusi, spioni, divulgatori vanno puniti, ma non guastiamo i processi mandando al diavolo materiali utili finché non vigono divieti espressi; e sarebbe giorno triste quello in cui fossero istituiti, suadenti le lobbies del malaffare».

⁸⁹ *Contra*, A. LONGO, *Le garanzie costituzionali delle intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte*, in *Giur. cost.* 2002, 2208 ss. il quale invece proprio sulla base di questi elementi ritiene che la Corte sarebbe dovuta intervenire per rimuovere una irragionevole disparità di trattamento rispetto a fattispecie analoghe.

⁹⁰ Di diversa opinione è G. PAGANETTO, *Le riprese visive nei luoghi di privata dimora. Spunti per una riflessione sui contenuti e i limiti della libertà di domicilio*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. II, Napoli 2012, 1687 ss., secondo la quale, poiché l'invasività di tali mezzi investigativi può portare ad una notevole violazione della dignità umana, essi andrebbero limitati a casi eccezionali per specifici e gravi reati. Sennonché, così facendo, come già si è rilevato, si rischia di porre un ostacolo insormontabile all'accertamento delle responsabilità penali conseguenti a reati che una lesione della dignità (della vittima di quel reato) hanno già prodotto.

⁹¹ Il riferimento è a Cass. Sez. Un. 28 marzo 2006, n. 26795, in *Cass. pen.* 2006, 3937 ss.

troverebbe tutela non nell'art. 14, comma 2, Cost. non trattandosi di veri e propri luoghi rientranti nel concetto di domicilio (nel quale, secondo la Cassazione, rientrerebbero solo i luoghi da cui si vogliono e possano escludere gli altri stabilmente, e quindi anche in propria assenza⁹²), bensì nelle più generali clausole di cui agli artt. 2 Cost. e 8 CEDU, ciò che consente di escludere la garanzia della riserva di legge assoluta prevista per la libertà di domicilio⁹³. Con l'importante effetto, perciò, di rendere sufficiente un provvedimento motivato dell'Autorità Giudiziaria per poter disporre tali intercettazioni, anche in assenza di un'esplicita previsione normativa⁹⁴.

Ora, pur apprezzando il tentativo ispirato a innegabile buon senso, ci pare che l'assunto della giurisprudenza non sia sostenibile, in quanto destinato a dimostrare più di quanto voluto. Infatti, se è di per sé ammissibile che la *privacy*, come diritto costituzionale implicito, riceva una tutela maggiore solo in relazione a specifiche ipotesi, come nel caso in cui si tratti di offrire protezione in ambito domiciliare, ciò che non convince è che, una volta esclusa la riserva di legge in quanto non prevista, si introduca poi una riserva di giurisdizione, che tuttavia è allo stesso modo mancante. Allora delle due l'una: o si ammette che la *privacy* trova sempre e comunque il suo referente costituzionale nell'art. 14 Cost., e se ne applica *in toto* la relativa disciplina, oppure si ammette che questa norma costituzionale regola solo una ipotesi specifica non suscettibile di estensione analogica. Il che comporta che i luoghi cd. riservati possono trovare protezione nella riserva di legge e di giurisdizione (congiuntamente) solo nel caso in cui possano qualificarsi in termini di domicilio; laddove ciò non sia possibile, come ritiene a nostro avviso correttamente la Cassazione, non potrà che concludersi che, fino ad una limitazione introdotta dal legislatore, per essi non sarà necessario nemmeno l'atto dell'Autorità Giudiziaria.

⁹² Così, luogo riservato e non privato è stata ritenuta la *toilette* di un pubblico esercizio (in cui era stato ripreso uno spaccio di stupefacenti). In tema cfr., tra i tanti, C. MARINELLI, *Intercettazioni*, cit., spec. 197 ss.; e M.C. MARZO, *Il concetto di "privata dimora" relativamente alle intercettazioni ambientali in ospedale*, in *Giur. it.* 2010, 427, la quale, criticando l'esclusione dalla tutela costituzionale per la stanza del nosocomio, rileva in generale come, a suo avviso, la Suprema Corte tenda ad estendere la possibilità di ricorrere alle intercettazioni oltre il disposto legislativo, privilegiando la ricerca della verità ad ogni costo a danno dei diritti fondamentali dell'individuo.

⁹³ Per un'ampia ricostruzione della vicenda, cfr. C. CONTI, *Accertamento*, cit., 208 ss.

⁹⁴ Cfr. F. CAPRIOLI, *Nuovamente*, cit., 1841.

4.4. *L'acquisizione dei tabulati telefonici*

La disciplina della acquisizione dei tabulati telefonici è contenuta nell'art. 132 del Codice della *privacy* (d. lgs. 196 del 2003, nel testo più volte novellato), il quale prevede che per i primi 24 mesi i dati di traffico possano essere acquisiti per le esigenze di accertamento dei reati⁹⁵, e che siano conservati per ulteriori 24 mesi soltanto i dati riferibili a reati di criminalità organizzata. Per il primo periodo i dati sono acquisiti a richiesta del Pubblico Ministero, mentre per il periodo ulteriore occorre l'autorizzazione del giudice, salvo casi di urgenza, in presenza di sufficienti indizi di reato⁹⁶. Peraltro, tale impianto è stato giudicato non contrario a Costituzione nella sentenza n. 372 del 2006, ove il giudice delle leggi ha ritenuto che, ferma restando la limitazione che per via della conservazione dei dati di traffico riceve il diritto alla riservatezza, è giustificabile il protrarsi del termine di conservazione soltanto per reati di maggiore gravità perché verrebbe mantenuta una proporzione tra lesività del reato e ampiezza della limitazione della riservatezza⁹⁷.

In effetti, la soluzione cui è giunta la Corte ci pare condivisibile. Semmai, andrebbe invece contestata l'equiparazione, sostenuta da parte della dottrina⁹⁸ e fatta propria, ad esempio, dal testo del d.d.l. 1415-B, tra intercettazione vera e propria di una comunicazione e mera acquisizione dei tabulati. Infatti, se è vero che, per quest'ultima attività, già da tempo si afferma, tanto in dottrina⁹⁹ quanto nella giurisprudenza della Corte¹⁰⁰,

⁹⁵ Critici su tale punto A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 466 ss., i quali, pur ammettendo che sarebbe eccessiva l'assimilazione dei tabulati al contenuto delle comunicazioni, pensano che, in mancanza di un filtro idoneo del giudice, si renda sufficiente anche un blando collegamento con un reato per limitare la riservatezza, ciò che ne farebbe un mezzo sproporzionato rispetto al fine.

⁹⁶ Su questa disciplina, cfr. C. CONTI, *Accertamento*, cit., 180 ss.

⁹⁷ Cfr. la sentenza n. 372 del 2006, loc. cit. La decisione è commentata, con un'ampia ricostruzione della evoluzione normativa, da E. BASSOLI, *Acquisizione*, cit., 2450 ss.

⁹⁸ Come E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 237, nt. 71.

⁹⁹ A titolo esemplificativo, si veda, da ultimo, E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 236 ss., il quale però precisa che per le chiamate già avvenute, ove non vi sia l'attualità della comunicazione, viene in rilievo non già l'art. 15 quanto piuttosto il generale diritto alla riservatezza. Tale tesi, tuttavia, pur essendo prevalente, non è unanime in dottrina; in senso contrario, per tutti, A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur. cost.* 1993, 742 ss.

¹⁰⁰ Cfr. la sentenza n. 81 del 1993, cit., confermata dalla pronuncia n. 281 del 1998, in *Giur. cost.* 1998, 2167 ss., con le quali la Consulta, in assenza di una norma di legge sull'acquisizione dei tabulati, riteneva applicabili le garanzie stabilite nell'art. 256 c.p.p.

che per i dati esterni, idonei solo a rivelare l'esistenza ma non il contenuto di una conversazione, si verte pur sempre nell'ambito della segretezza garantita dall'art. 15 Cost.¹⁰¹, ciò non porta necessariamente a concludere che risulti costituzionalmente necessario applicare *sic et simpliciter* tutte le garanzie previste per le intercettazioni, perché, in tal caso, si finirebbe per limitare di molto il ricorso a questo strumento, favorendo in modo eccessivo il diritto alla riservatezza¹⁰². Il quale – non va dimenticato – viene qui in rilievo soltanto nella sua forma più blanda, assai esigua essendo l'intromissione nella sfera privata dell'inquisito data dalla semplice conoscenza del fatto storico della comunicazione, mentre viene però circoscritta in modo rilevante la potenzialità ai fini investigativi dello strumento. Un tale bilanciamento non sarebbe dunque conforme alle norme costituzionali.

4.5. La durata delle intercettazioni

L'art. 267 c.p.p., al comma 3, dispone che il decreto autorizzativo dell'attività intercettativa ne stabilisca la durata, nel termine massimo di 15 giorni (40 per i reati di criminalità organizzata), prorogabili anche più volte per ulteriori 15 giorni, subordinatamente alla verifica, al termine di ciascun periodo, della effettiva necessità della proroga.

Questa previsione, in dottrina¹⁰³, è stata criticata per non rappresentare un serio limite, laddove sarebbe più aderente alle norme costituzionali una soluzione più garantista, come quella del precedente codice di rito, ma anche – si potrebbe aggiungere – come quella proposta dal d.d.l. 1415-B più volte citato, volta a individuare una durata massima predeterminata e un numero contenuto di proroghe¹⁰⁴.

per il sequestro di documenti protetti da segreto. A tale giurisprudenza si è poi adeguata la Corte di Cassazione, fin dal 2000, secondo quanto riferisce M. BONETTI, *Riservatezza*, cit., 261.

¹⁰¹ Ma anche dall'art. 8 della CEDU, secondo A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 464 ss., i quali condividono l'assunto sulla base del fatto che in diversi casi il tabulato possa «parlare da sé» e fornire già informazioni sufficienti, tali da rendere persino superfluo conoscere il contenuto della chiamata.

¹⁰² Dello stesso avviso è A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., 67.

¹⁰³ Cfr., per esempio, L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 51.

¹⁰⁴ Per la precisione, il previgente codice stabiliva una durata di 15 giorni prorogabili per un massimo di due volte per una pari durata. Il d.d.l. 1415-B, invece, introduceva, nell'ultima versione, una durata massima di 30 giorni, eventualmente prorogabili di 15 giorni, una prima volta a semplice richiesta del PM, una seconda volta, qualora fossero

In realtà, riteniamo che a tali obiezioni si possa replicare (e ad un eventuale novella legislativa ci si debba opporre) osservando come l'indicazione di un termine fisso, stabilito in generale ed in astratto, prescindendo dalle reali necessità investigative del singolo caso, non solo finirebbe per impedire l'esercizio effettivo dell'azione penale¹⁰⁵, ma la previsione di una durata limitata delle intercettazioni potrebbe far sì che, qualora il Pubblico Ministero non abbia la fortuna di riuscire a ricavare prove durante questo periodo ristretto, anche le intercettazioni fino ad allora effettuate si rivelino inutili, così rendendo vano il sacrificio subito dalla riservatezza del soggetto interessato e determinando uno spreco evidente di risorse. Allora, conviene concludere che certo, in base a quanto abbiamo detto in precedenza, il giudice dovrà ridurre al minimo indispensabile la durata dell'intercettazione, ma qualora l'esigenza investigativa persista¹⁰⁶, un corretto bilanciamento vuole che l'attività possa protrarsi, sia pure per proroghe successive di durata determinata, senza un termine fisso astrattamente determinato. La disciplina vigente, pertanto, realizza un bilanciamento corretto ed appare pienamente conforme a Costituzione, poiché permette, da un lato, di proteggere il diritto alla riservatezza, dato che sono vietate intercettazioni a tempo indeterminato e le proroghe subordinate ad una verifica di indispensabilità¹⁰⁷, ma al contempo consente anche di salvaguardare le esigenze investigative,

emersi nuovi elementi, ed un'ultima volta quando si fosse trattato di impedire che l'attività delittuosa venisse portata a ulteriori conseguenze ovvero che fossero commessi altri reati. In riferimento alla disciplina vigente, rileva A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 143, come, in realtà, *de facto* il limite massimo sussiste nella misura pari alla durata delle indagini preliminari, giacché la eventuale richiesta di proroga di esse deve essere notificata all'inquisito, così rendendo praticamente inutile ogni successiva intercettazione.

¹⁰⁵ Dato che, come rileva D. IACOBACCI, *Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note*, in *Giust. pen.* 2011, III, 371, un comportamento umano non è incasellabile in limiti temporali stringenti, per cui sarebbe complicato e pericoloso stabilire una durata fissa per le intercettazioni. In termini di compatibilità di una durata non predeterminata nel massimo con l'art. 15 Cost. a condizione di una adeguata motivazione si esprimeva già V. GREVI, *La nuova disciplina*, cit., 5 ss.

¹⁰⁶ Come spesso accade nei reati in divenire, quali l'usura o l'associazione per delinquere, come evidenzia C. PARODI, *L'intercettazione*, cit., 129 ss.

¹⁰⁷ Diverso discorso è che in giurisprudenza la motivazione della proroga sia, di fatto, tralaticciamente volta a replicare il decreto di autorizzazione (come osservato da A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 144), perché, ancora una volta, si tratta di una questione che richiede di essere risolta evitando degenerazioni della prassi applicativa e non modificando le norme in senso indebitamente restrittivo dello strumento di indagine, laddove correttamente utilizzato.

garantendosi la possibilità di proseguire nella ricerca della prova qualora vi siano adeguati presupposti.

4.6. I casi di inutilizzabilità

Gli articoli 270 e 271 c.p.p. dispongono alcuni limiti all'utilizzabilità dei risultati dell'attività intercettiva, vuoi in relazione al procedimento per il quale la stessa è stata disposta, vuoi in altri e diversi procedimenti. Poiché i due casi sono difformi, riteniamo opportuno trattarne distintamente.

Per quanto concerne l'inutilizzabilità nel procedimento dei risultati acquisiti a seguito d'intercettazioni illecite (ovvero disposte fuori dai casi in cui esse sono consentite) od illegittime (e cioè disposte in violazione delle procedure e dei requisiti legislativamente prescritti), essa trova il suo fondamento nella stessa più risalente giurisprudenza della Corte costituzionale, per cui vige un «principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»¹⁰⁸. In sostanza, il diritto alla riservatezza sarebbe gravemente menomato, e in fatto negato, qualora esso potesse essere limitato senza rispettare le norme che la legge pone per contemperare gli interessi costituzionali in rilievo¹⁰⁹. Eccessiva, pertanto, ci pare la critica di chi, invece, ritiene che il generale divieto di utilizzazione delle prove illecitamente acquisite debba ritenersi non conforme a Costituzione in quanto preclude l'acquisizione di elementi probatori, pur in assenza di una giustificazione fondata su interessi costituzionalmente rilevanti¹¹⁰. Analogamente, giustificata dall'esigenza di assicurare effettività ad un interesse di primario ri-

¹⁰⁸ Cfr. sentenza n. 34 del 1973, cit., 338. Nello stesso senso, afferma A. PACE, *Art. 15*, cit., 111, che l'inutilizzabilità processuale delle prove illecitamente acquisite non deriva da singole norme costituzionali ma dai principi stessi dello Stato di diritto.

¹⁰⁹ Analogamente, P. BALDUCCI, *Le garanzie*, cit., 185 ss., secondo cui la regola costituisce l'attuazione del principio di riserva di legge di cui all'art. 15 Cost.

¹¹⁰ Come G. GEMMA, *Costituzionalismo*, cit., 164 ss., ma già V. GIANTURCO, *La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*, in *Riv. it. proc. pen.* 1967, 509, secondo cui «l'esigenza di accertamento del vero ... si impone nel processo, anche al di sopra delle sanzioni di nullità». Tuttavia non ci sembra neppure condivisibile l'affermazione, all'estremo opposto, secondo cui la prova illecitamente acquisita sia pur sempre utilizzabile *pro reo*, come argomentano G. ILLUMINATI, *La disciplina*, cit., 147; e L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 240 ss.

lievo costituzionale, quale il diritto di difesa, ci pare ad esempio l'esclusione dell'utilizzabilità d'intercettazioni di comunicazioni tra l'inquisito e il suo avvocato.

Discorso diverso ci sembra debba invece valere per l'utilizzabilità in altri processi, ovvero per il caso in cui dalla intercettazione si vengano a conoscere fatti rilevanti in procedimenti penali differenti da quello durante il quale l'intercettazione è stata disposta¹¹¹. Fattispecie per la quale la utilizzabilità dell'intercettazione è esclusa salvo che sia indispensabile per l'accertamento dei soli reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, che, per inciso, rappresentano ipotesi criminose più gravi (e quindi un insieme nel complesso più ristretto) rispetto ai reati per i quali è ammessa l'intercettazione *ex art. 266 c.p.p.*¹¹². È pur vero che la Consulta, nella più volte citata sentenza n. 366 del 1991, con una decisione su cui si registra un sostanziale accordo della dottrina e seguito anche nella giurisprudenza comune¹¹³, ha riconosciuto che in ogni caso il risultato dell'intercettazione sia utilizzabile come *notitia criminis*, consentendo, pertanto, al PM di dare avvio ad un nuovo procedimento penale, ma ciò non è sufficiente, a parere di chi scrive, per salvare la norma da censure d'illegittimità.

Infatti, a nostro modo di vedere, nessun interesse costituzionale giustifica la impossibilità di usare dati emersi attraverso un mezzo di indagine debitamente autorizzato, dai quali si ricavano elementi utili a far valere una responsabilità penale, solo perché disposto nell'ambito di altro procedimento¹¹⁴. Né vale opporre, come invece argomenta il giudice

¹¹¹ Prescindiamo qui dalla difficoltà di stabilire cosa debba intendersi per procedimento diverso, se cioè vada preso a riferimento il dato formale della diversa *notitia criminis* e del differente numero di iscrizione nel relativo registro, ovvero se, come è orientata la giurisprudenza, non costituiscano procedimenti diversi quelli per reati connessi o collegati. In dottrina, anche per possibili opzioni interpretative intermedie, cfr. C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento "claudicante"*, in *Dir. pen. proc.* 2010, spec. 3657.

¹¹² Seppure non manchino anche talune (invero marginali) ipotesi in cui al contrario diverrebbero utilizzabili le intercettazioni in procedimenti per reati per cui esse sarebbero escluse (sul punto A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 287 ss.).

¹¹³ Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre 2006, n. 2596, in *Cass. pen.* 2008, 284.

¹¹⁴ In questa linea di pensiero già A. PACE, *Art. 15*, cit., 111, nt. 9, secondo il quale in tale ipotesi «il "costo sociale" dell'inutilizzabilità non "compensa" alcuna violazione giuridica; ma anzi consegue ad una acquisizione probatoria legittima, prevista dalla stessa Costituzione». L'A. tuttavia non conclude per la illegittimità costituzionale ma solo per la non necessarietà, a livello costituzionale, di questa ulteriore garanzia.

delle leggi, che in difetto l'autorizzazione all'intercettazione rilasciata dal giudice in ottemperanza all'art. 15 Cost. equivarrebbe ad «un'inammissibile autorizzazione in bianco», perché è ben evidente – e così dispone il legislatore in ossequio alla raccomandazione espressa dalla stessa Consulta – che quanto sia stato acquisito in questo modo non entrerà mai *ipso iure* nel nuovo procedimento, ma ciò potrà avvenire solo attraverso il filtro del giudice, che ne dovrà valutare la pertinenza, con provvedimento pur sempre motivato in relazione a questo secondo processo, anche stralciando le parti non rilevanti. E tutto ciò, peraltro, nel rispetto del principio del contraddittorio, come garantito dall'art. 268 c.p.p. Una volta assicurate queste condizioni, dunque, la pretesa inutilizzabilità non trova alcuna giustificazione¹¹⁵, finendo esclusivamente per ostacolare l'accertamento della verità e la punizione di chi pure, in ipotesi, si abbia la certezza abbia commesso qualche reato. Ne consegue che, a nostro avviso, l'art. 270 c.p.p., restringendo l'utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti ad alcune tipologie di reato, non può dirsi conforme a Costituzione.

5. *Per concludere, allargando lo sguardo*

Volendo trarre una conclusione da quanto siamo venuti sinora dicendo circa alcuni profili problematici della disciplina delle intercettazioni, è a nostro avviso evidente che tale parte del codice di rito penale meriterebbe certo una profonda revisione, ma in un senso piuttosto diverso rispetto a quanto, in relazione ai temi affrontati, costituisce oggetto della riflessioni dottrinarie prevalenti e delle linee tendenziali dei più recenti tentativi di riforma.

Siamo naturalmente ben consapevoli che assai difficilmente un contributo pienamente indirizzato nel senso da noi auspicato potrà venire dalla Corte costituzionale, posto che l'impianto di fondo risponde in più parti a direttive provenienti dalla Consulta stessa, se non anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Pur tuttavia, crediamo che, almeno

¹¹⁵ Così sembra orientato anche A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 275 ss., il quale, convenendo sulla necessità (e sufficienza) della garanzia del contraddittorio, ritiene che la norma si giustifichi solo come «resa» nei confronti di una prassi giurisprudenziale propensa a motivazioni insussistenti che legittimano intercettazioni «al buio», in assenza di presupposti.

rispetto a previsioni quali quelle contenute nelle ultime proposte di modifica, il giudice delle leggi potrebbe pervenire, come del resto sembra essersi orientato nel 2009 con l'ultima pronuncia in materia¹¹⁶, a caducare gli eccessi nello sbilanciamento di interessi verso la tutela della riservatezza e a danno della necessaria repressione penale. Analogo discorso può valere per la Corte di Strasburgo, che potrebbe valorizzare il comma 2 dell'art. 8 della Convenzione, se è vero che depotenziare oltre quanto necessario per la tutela della vita privata lo strumento investigativo in parola potrebbe addirittura contrastare con le previsioni della Convenzione, la quale impone una effettività dell'azione penale contro la violazione dei diritti fondamentali, come si è avuto modo di evidenziare in precedenza¹¹⁷.

Crediamo, inoltre, che l'analisi del rapporto tra diritto alla riservatezza e potestà punitiva dello Stato, condotta in relazione al dibattito quanto mai attuale in tema di intercettazioni, solleciti in realtà una riflessione più generale.

Infatti, a ben vedere, la disciplina delle intercettazioni (e vieppiù i progetti di riforma degli ultimi anni, e specialmente il d.d.l. 1415-B di cui si è detto più volte) è ben esemplificativa di un atteggiamento di fondo, a nostro giudizio prevalente nella cultura (non solo) giuridica contemporanea, volto a evidenziare con estrema nettezza i rischi per la riservatezza, in particolare derivanti dalla evoluzione tecnologica e dalle esigenze di sicurezza in generale, paventando gravi pericoli per la tutela della dignità delle persone¹¹⁸. Ciò che, se certo coglie nel vero individuando un problema realmente esistente, laddove questo venga eccessivamente e insistentemente proposto come un rischio unidirezionale, finisce però per alimentare una cultura che spinge a valorizzare il diritto individuale alla riservatezza anche oltre i ragionevoli limiti che la irrinunciabile necessità di tutelare la società rispetto a fattispecie criminose pone.

In questo senso, ci sembra che sia pienamente condivisibile la considerazione che già alcuni anni or sono svolgeva un autorevole studioso, nell'evidenziare che, se il cittadino gode indubbiamente di un diritto alla

¹¹⁶ Ci si riferisce alla più volte citata sent. 173 del 2009.

¹¹⁷ Per la precisione, *supra*, par. 3.4.

¹¹⁸ Per limitarci solo ad alcuni significativi esempi di questa copiosa letteratura, senza pretesa di esaustività e con esclusivo riferimento al nostro Paese, ci permettiamo segnalare, oltre agli scritti già citati di S. RODOTÀ e C. SARTORETTI, almeno il recente (e pur molto equilibrato) M. PAISSAN, *La privacy è morta, viva la privacy*, Milano 2009, spec. 87 ss. in riferimento al tema *de quo*.

privacy, esso ha nondimeno doveri verso la comunità in cui vive, laddove, invece, si assiste oggi ad una sovrarappresentazione della *privacy* nei media e nell'opinione pubblica che va a discapito di altri beni pur degni di protezione¹¹⁹. E così, «la normativa sulla *privacy* ... ha reso simbolicamente e legislativamente visibili dei cambi di prospettiva che sono avvenuti nella società, nella politica e nella cultura; e in Italia con più nettezza perché più netto era stato lo sbilanciamento verso il pendolo dell'autorità e radici più superficiali aveva il rispetto della vita privata», di modo che «nei rapporti tra individuo e Stato sembra che il parametro sia diventato il primo e non più il secondo»¹²⁰. Né, si badi, queste possono essere interpretate come osservazioni contro la riservatezza, ma semmai contro un errato bilanciamento con i doveri di ciascuno verso la comunità¹²¹, di cui molte disposizioni della più volte citata riforma *in itinere*, specie nella sua originaria versione, sembrano essere un chiaro esempio.

Certamente, si potrebbe sostenere con buone ragioni che le ultime proposte di riforma hanno poco a che vedere con la tutela della *privacy*, rappresentandone soltanto un'attuazione distorta fondata su un concetto malinteso di tale diritto, quando addirittura non si preferisca ritenere che, in tal caso, la *privacy* non rappresenti che un alibi strumentale a raggiungere il risultato realmente perseguito di rendere più difficili le indagini penali e ostacolare l'esercizio del diritto di cronaca¹²². Ma il fatto si è che questo concetto distorto di *privacy* trova una sua base, e rischia di attecchire nella opinione pubblica, proprio grazie all'atteggiamento culturale di chi esalta tale diritto rilevando con eccessiva marcatura le sue potenzialità ed i rischi di una sua compressione, senza correlativamente

¹¹⁹ Cfr. M.G. LOSANO, *Dei diritti e dei doveri: anche nella tutela della privacy*, in ID. (a cura di), *La legge italiana sulla privacy*, Roma-Bari 2001, V ss. Parimenti condivisibile è l'affermazione dell'Autore (*ivi*, XIII) secondo cui il diritto individuale alla *privacy*, inteso come libertà negativa nei confronti dello Stato, è legato ad un contesto storico in cui vi era una predominanza dello Stato nei confronti dell'individuo, mentre oggi, essendosi invertito tale rapporto, occorre un riequilibrio a favore della comunità.

¹²⁰ F. DE LEO, *Due o tre cose*, cit., 843.

¹²¹ In questo senso, si vedano le interessanti argomentazioni poste, nel contesto statunitense, dalla corrente sociologica dei *Communitarians* e, tra questi, per tutti da A. ETZIONI, *The limits of privacy*, New York 1999, spec. 184 ss., secondo cui le buone società bilanciano con cura diritti individuali e responsabilità sociali, laddove invece la *privacy* nella società attuale è un bene che gode di una tutela privilegiata rispetto all'interesse comune.

¹²² Così, ad esempio, l'autorevole intervento dello stesso S. RODOTÀ, *Il cittadino mortificato*, in *La Repubblica*, 12 giugno 2009.

tenere sufficientemente conto dei pur necessari limiti e bilanciamenti cui lo stesso non può non andare incontro.

Il vero rischio, in questo contesto, è a nostro avviso che, nel pur lo-devole intento di vigilare sull'effettivo continuo rispetto del diritto alla riservatezza, si finisca per favorire una sua, più o meno volontaria, ipervalutazione a danno di altri interessi costituzionali. Ad esempio: perché sostenere che l'uso della videosorveglianza limita la spontaneità e la libertà dei cittadini¹²³, quando in realtà ciò corrisponderebbe al vero solo se chiunque e per qualunque finalità potesse visionare le registrazioni¹²⁴, mentre tale rischio è escluso se queste possono essere utilizzate, esclusivamente nei casi previsti dalla legge, come (utilissimo) mezzo per prevenire fenomeni delinquenziali ovvero individuarne i colpevoli, garantendo così proprio quella libertà che si assume negata? Il problema, semmai, è quello di prevedere adeguate sanzioni (e darvi effettiva e concreta attuazione) contro eventuali abusi¹²⁵, ma rinunciare a tale mezzo di lotta alla criminalità non può che finire per rendere questa volta, sì, più difficoltoso l'esercizio dei propri diritti. Che poi la lotta alla criminalità non possa limitarsi all'apposizione generalizzata di videocamere ma debba puntare ad eliminare i fattori che portano alla delinquenza¹²⁶ è senz'altro condivisibile, ma ciò non diminuisce in alcun modo l'efficacia del sistema di sorveglianza come disincentivo alla attuale commissione di illeciti o almeno alla individuazione, *ex post*, dei responsabili.

¹²³ Secondo quanto scrive S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 2004, 174.

¹²⁴ Rammentiamo che, in base al Provvedimento in materia di videosorveglianza – 8 aprile 2010 del Garante per la protezione dei dati personali (consultabile in *www.garanteprivacy.it*, doc. web n. 1712680) il titolare del trattamento, anche ove si tratti di soggetto pubblico ed anche ove il trattamento avvenga per finalità di prevenzione dei reati, deve designare per iscritto tutte le persone fisiche autorizzate sia ad accedere ai locali dove sono situate le postazioni di controllo, sia ad utilizzare gli impianti e, nei soli casi in cui sia indispensabile per gli scopi perseguiti, a visionare le immagini. Peraltro, il Provvedimento stabilisce altresì che il numero dei soggetti deve essere limitato e che devono essere individuati diversi livelli di accesso, distinguendo tra coloro che sono abilitati solo a visionare le immagini ed altri che possono svolgere operazioni ulteriori.

¹²⁵ Sul punto insistono A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 446 ss., i quali riferiscono di una indagine conoscitiva svolta nel 2006 dalla Commissione giustizia del Senato in cui si evidenzia che il sistema normativo assicurerebbe, se correttamente attuato, un livello di garanzie che non ha eguali in altre democrazie. Cfr. anche quanto rilevato *supra*, alla nota 24.

¹²⁶ Come rileva S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 179 (ma anche ID., *Intervista*, cit., 72), secondo il quale la videosorveglianza sarebbe un modo cui il legislatore farebbe ricorso per assolversi dall'obbligo di eliminare i fattori di disagio che portano a delinquere.

Da quanto siamo venuti dicendo, allora, consegue che, se è vero che il rispetto del diritto alla *privacy* rappresenta la cartina di tornasole per misurare il *quantum* di libertà e democrazia di un Paese¹²⁷, tant'è che l'art. 15 Cost. sancisce l'inviolabilità del segreto delle comunicazioni proprio in risposta al ricorso massiccio che vi si fa nei regimi autoritari¹²⁸ (e vi si era fatto durante il fascismo in particolare), è parimenti vero, a nostro avviso, che anche l'esistenza di limiti ad esso e l'equilibrato bilanciamento con altri interessi costituzionali devono ritenersi indicatori di non minore rilievo di una corretta conciliazione tra autorità e libertà.

¹²⁷ Così C. SARTORETTI, *Contributo*, cit., 67.

¹²⁸ Il richiamo al valore pregnante che in questo senso assume l'aggettivo «inviolabili» nella norma costituzionale si legge in G.M. SALERNO, *La protezione*, cit., 663.

OSSERVATORIO

Laura López de la Cruz

VERSO UN DIVORZIO SENZA CAUSA IN EUROPA?*

SOMMARIO: Introduzione. – I. L'INCIDENZA DELLA LIBERTÀ PERSONALE SULLA REGOLAZIONE DELLA CRISI MATRIMONIALE. MODELLI TEORICI DI DIVORZIO. 1. La Riforma protestante e la nozione di divorzio-sanzione. 2. Emersione della nozione di divorzio-rimedio. 3. Il divorzio consensuale. 4. Il divorzio per volontà unilaterale di uno solo dei coniugi. – II. IL LUNGO PERCORSO DEL DIVORZIO IN EUROPA. 1. La libertà personale dei coniugi e la disciplina del divorzio. 2. Una certa evoluzione in materia di divorzio. 3. L'affermazione definitiva del divorzio-rimedio. – III. LA PROBLEMATICA DEL DIVORZIO NELLE LEGISLAZIONI EUROPEE CONTEMPORANEE. – IV. IL DIVORZIO SENZA CAUSA NEL DIRITTO SPAGNOLO. 1. La riforma del 2005. Presentazione della Legge. 2. Riflessioni sulla riforma del divorzio in Spagna. La funzione del consenso.

Introduzione

Al giorno d'oggi, lo studio del diritto di famiglia non può condursi se non prendendo in considerazione l'enorme influsso esercitato dal riconoscimento e dalla protezione dei diritti fondamentali nelle diverse Costituzioni democratiche europee sull'istituzione familiare e sulle persone che la compongono. L'impulso dei diritti fondamentali, insieme ai mutamenti nei comportamenti individuali e a una maggiore tolleranza sociale nei loro confronti, ha significato un cambiamento importante nella concezione della famiglia. Questa non è più considerata un ente sopraindividuale titolare di alcuni interessi propri che si impongono su quelli dei loro membri, ma è concepita come una cornice vitale di realizzazione e sviluppo personale, dove primeggiano i diritti individuali dei suoi componenti.

* Il contributo è stato scritto in lingua italiana dall'Autrice. La revisione è stata curata dal dott. Daniele Chinni.

Un'evoluzione della nozione di famiglia, questa, che si è manifestata con intensità in Spagna, dove l'elaborazione costituzionale dei diritti fondamentali ha svolto un ruolo determinante. Da una parte, si è andata modificando la stessa nozione di famiglia, fino al punto che oggi non si può parlare di uno soltanto, ma di diversi modelli familiari. Dall'altra, all'interno del nucleo familiare stesso, le norme regolatrici delle relazioni giuridico-familiari si sono impregnate dei valori e dei principi costituzionali. Questo cambiamento è stato particolarmente significativo nel matrimonio, ove la distribuzione delle funzioni nel seno della famiglia ha lasciato il posto a un sistema bicefalo, nel quale l'uomo e la donna sono uguali in diritti e doveri e nel quale l'autonomia dei coniugi è ogni volta più evidente. In tal modo, l'organizzazione familiare inizia ad articolarsi attorno a due principi fondamentali: uguaglianza e libertà, abbandonando progressivamente le situazioni di disuguaglianza e sottomissione caratteristiche della famiglia patriarcale borghese.

È evidente che le trasformazioni cui si è fatto cenno non sono state prive di ostacoli e difficoltà, fino al punto di poter affermare che, ancora oggi, non può dirsi concluso questo processo di cambiamento nel quale la famiglia si è vista immersa. Senza dubbio, le modifiche più rilevanti hanno avuto luogo nei momenti iniziali del periodo democratico, con l'entrata in vigore della Costituzione Spagnola e l'approvazione delle leggi riformatrici del 1981. Tuttavia, l'evoluzione e il cambiamento che la società spagnola sta sperimentando con il passare del tempo richiedono continue riforme legislative. Precisamente in questo consiste la grande potenzialità dei diritti fondamentali, nella loro versatilità e capacità di adattamento ai cambiamenti che una società in continuo processo di trasformazione richiede. Perché ciò che è certo è che l'applicazione dei valori e dei principi democratici è qualcosa di prolungato nel tempo, di modo che il riconoscimento dei diritti costituzionali non si esaurisce con la riforma della legislazione vigente al momento dell'entrata in vigore del Testo Fondamentale, ma esige piuttosto una revisione continua delle norme che compongono il nostro ordinamento giuridico.

All'interno di questo vortice di trasformazioni giuridiche, occorre sottolineare come la libertà personale si sia consolidata come asse portante delle relazioni familiari. È risaputo che la libertà personale come diritto fondamentale acquisisce una speciale forza di trasformazione del matrimonio successivamente alla Seconda Guerra Mondiale, quando le Costituzioni smettono di essere meri testi programmatici e divengono in tutto e per tutto fonti normative. Con il tempo, si comincia a percepire

una maggiore tolleranza nei confronti di determinati comportamenti, dovuta principalmente alle rivendicazioni sociali e al crescente peso dei movimenti femministi, che acquistano forza durante gli anni Sessanta e Settanta. È da quel momento che si producono modifiche rilevanti nelle norme regolatrici del matrimonio in tutti i Paesi democratici. L'elaborazione concreta della libertà nella disciplina della relazione matrimoniale comincia a dipendere da una maggiore coscienza sociale circa la dimensione che tale diritto ha nelle relazioni di coppia, al che occorre aggiungere la progressiva sensibilità del legislatore e i contributi della dottrina e della giurisprudenza.

A questo punto, al legislatore spetta il compito di verificare che le norme applicabili si adeguino al nuovo ordine stabilito, essendo obbligato, quando ciò non avvenga, a intraprendere le riforme necessarie. Per quel che riguarda la Spagna, la riforma della regolamentazione del divorzio, con la legge 8 luglio 2005, n. 15, costituisce un passo importante in questo continuo processo di espansione del diritto di libertà personale nell'ambito della famiglia. L'accoglimento di un più ampio margine di libertà personale nel matrimonio è evidente nel trattamento delle situazioni di crisi, su due versanti: la possibilità di sciogliere il matrimonio e l'autonomia nello stabilire le conseguenze personali e patrimoniali derivanti dalla rottura. Soffermandoci sul primo dei versanti indicati, la nuova regolamentazione della separazione e del divorzio ha provocato un cambiamento concettuale di prim'ordine nell'istituto del divorzio, dal momento che è ora sufficiente la volontà di uno solo dei coniugi per sciogliere il vincolo matrimoniale.

I.

L'INCIDENZA DELLA LIBERTÀ PERSONALE SULLA REGOLAZIONE DELLA CRISI MATRIMONIALE. MODELLI TEORICI DI DIVORZIO

Senza dubbio, una delle maggiori manifestazioni della volontà individuale nel diritto di famiglia si realizza permettendo ai coniugi lo scioglimento del vincolo coniugale attraverso il divorzio. Tuttavia, non tutta la disciplina di tale mezzo di scioglimento del matrimonio riflette in egual misura la libertà concessa agli sposi. A tal riguardo si dovrà vedere quale sia il margine concesso loro. E così, occorre distinguere gli ordinamenti nei quali è sufficiente la semplice dichiarazione di volontà di divorzio perché lo si ottenga, da quelli che esigono la esistenza di una causa sulla

quale fondare la richiesta, allegando le prove pertinenti. Neppure è indifferente che sia legittimato a richiederlo solo uno dei coniugi o che sia necessario il consenso di entrambi. Così, si può osservare che la diversa regolamentazione della disciplina del divorzio ha condotto a diversi tipi di dissoluzione, nei quali si può apprezzare il loro diverso legame con la libertà personale, a seconda della concezione di matrimonio vigente in ogni momento. In tal modo, si distingue tra divorzio-sanzione e divorzio-rimedio, divorzio per accordo di entrambi i coniugi o per volontà unilaterale. Tutte queste soluzioni sono state vigenti in Europa in uno o in un altro momento storico, e ancora oggi il panorama odierno della disciplina di questa figura giuridica manca della necessaria coerenza e uniformità.

1. La Riforma protestante e la nozione di divorzio-sanzione

Com'è noto, nella storia più recente dell'Europa, la consacrazione del divorzio come forma di scioglimento del vincolo matrimoniale si ha nei paesi protestanti a partire dall'interpretazione della Bibbia da parte dei riformisti, che ammettono il divorzio per adulterio¹. Ciò implicò, allora, un'importante rottura del principio di indissolubilità del matrimonio, che sino ad allora la Chiesa Cattolica aveva predicato indiscutibilmente identificando il matrimonio con un sacramento². Questa nuova norma o regola religiosa è assunta con una certa rapidità dalle leggi civili dei paesi nei quali trionfa la Riforma, i quali successivamente aggiungeranno a questa prima causa di divorzio altri comportamenti tipizzati. In tal modo, l'ideologia luterana esercita la sua influenza sul diritto dei paesi scandinavi³ e

¹ M. ANTOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, in M. MARTÍN-CASALS, J. RIBOT (a cura di), *The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europe*, Girona 2006, 33 y ss.

² B. DUTOIT, R. ARN, B. SFONDYLIA, C. BISCHOF, *Le divorce en Droit comparé*, vol. I, Europe, Ginevra 2000, 10 y ss.

³ Nei paesi scandinavi, il successo della Riforma fa sì che venga introdotto il divorzio per adulterio o per abbandono del coniuge (in Danimarca a partire dal 1536 e in Svezia dal 1572). Si tratta di un divorzio chiaramente basato su argomenti colpevolistici che permane fino al principio del XX secolo. In tal modo, in Svezia, le disposizioni sul divorzio contenute nel Codice generale del 1734 sono abrogate solo nel 1915. La legge danese del 1682 resta in vigore fino al 1922; la legge norvegese del 1687 fino al 1918, e in Finlandia è applicato il Codice generale svedese fino al 1929 (D. DUMUSC, *Notions de mariage, de divorce et de divorce par consentement mutuel*, in *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Ginevra 1980, 84).

della Germania⁴, così come gli insegnamenti calvinisti influenzeranno gli ugonotti francesi, i presbiteriani scozzesi e gli inglesi puritani⁵.

Si instaura un tipo di divorzio basato sul comportamento colpevole di uno dei coniugi, che ha ancora poco o niente a che vedere con la manifestazione della libertà personale. La sua disciplina corrisponde a un'idea estesa del matrimonio come istituzione che deve essere preservata persino al di sopra degli interessi dei coniugi, e dunque solamente quando si verifica una condotta meritevole della riprovazione dell'ordinamento è possibile procedere al suo scioglimento. Da questa prospettiva, il divorzio è sanzione di un comportamento illegittimo e non una risposta alla crisi coniugale, e in nessun caso un'opzione da offrire agli sposi senza alcun controllo riguardo le cause.

Nel divorzio-sanzione, le cause per le quali esso può essere richiesto possono essere presentate in forma di lista chiusa, nella quale si indicano diversi comportamenti dei coniugi dei quali non si discute il carattere colpevole, oppure essere espresse mediante una clausola generale che stabilisca, come causa di divorzio, ogni comportamento che costituisca

⁴ In Germania, dopo la Riforma, si ammette il divorzio come sanzione alle inadempienze più gravi dei doveri coniugali. È vero anche, però, che la dissoluzione dell'impero tedesco fa sì che il movimento riformista non si instauri con la stessa intensità in tutti gli Stati, di modo che, dall'inizio del XVI secolo, coesistono entrambi i sistemi, quello riformista e quello tradizionale cattolico, la cui massima è l'indissolubilità del matrimonio. La Scuola di Diritto Naturale non tarderà nell'affermare il carattere contrattuale del matrimonio e, come conseguenza, la possibilità di scioglierlo con l'accordo dei coniugi, e anche con la volontà di uno solo di essi quando si faccia riferimento a una ragione grave che non necessariamente deve essere costituita dal comportamento colpevole dell'altro. Come conseguenza, le legislazioni dei distinti Stati adottano diversi modelli di divorzio (come il Codice prussiano del 1794). L'unificazione della Germania nel 1871 implica, tra le molte conseguenze, una revisione della legislazione sul divorzio. In tal modo, una Legge del 1875 sullo stato civile invita i *Länder* ad ammettere il divorzio. Finalmente, il Codice Civile tedesco introduce un Diritto federale di divorzio (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 154-155).

⁵ L'Inghilterra fu l'unico paese protestante a mantenere la dottrina dell'indissolubilità del matrimonio, sebbene già nel 1670 fosse possibile ottenere il divorzio mediante una legge privata del Parlamento. Una situazione che si manterrà fino al XIX secolo. Nel 1858 è possibile il divorzio giurisdizionale basato sull'adulterio (Matrimonial Causes Act del 1857). Nel 1937 sono ammessi, insieme all'adulterio, l'abbandono, l'alienazione mentale, e anche la violenza, l'omosessualità e la crudeltà del marito (Matrimonial Causes Act del 1937). Confermate tali cause di divorzio nelle diverse leggi che si succedono nel 1950 e nel 1965, esse sono poi abrogate nel 1971 (Divorce Reform Act del 1969) (M. AN-TOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, cit., 37; D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 186-187).

una violazione grave e reiterata dei doveri coniugali. Lo scioglimento del vincolo è concepito come una sanzione imposta al coniuge colpevole, e come una via d'uscita per quello innocente affinché possa svincolarsi da una relazione che viola i suoi diritti, poiché solamente quest'ultimo può richiedere il divorzio e solamente per le cause stabilite nella legge. In tal modo, a chi con il suo comportamento ha provocato la crisi coniugale è proibito svincolarsi da una relazione matrimoniale del cui fallimento è responsabile; resta pertanto soggetto alla decisione dello sposo o della sposa offesi. Come si è detto, la disciplina del divorzio corrisponde a una visione trascendente del matrimonio, che si impone sugli interessi dei coniugi, e perciò si rende difficile ottenerlo prevedendo requisiti di carattere sostanziale e di forma, con l'obiettivo di mantenere uniti gli sposi in un tipo di relazione consacrata socialmente come unico modello di relazione di coppia. Allo stesso modo, anche gli effetti del divorzio possono essere differenti in funzione dell'innocenza o della colpevolezza del coniuge colpito. Solo con il tempo, quando si inseriscono altri tipi di soluzione alla crisi del matrimonio, le conseguenze della rottura saranno indipendenti da ogni giudizio di colpevolezza.

Forse l'elemento più caratteristico di questo tipo di divorzio è la sua permanenza nel tempo, poiché, pure se presto coesisterà con altre modalità, non sarà mai messo del tutto da parte. È vero che l'introduzione del divorzio basato sull'irreparabile rottura del matrimonio altererà le basi sulle quali il primo si fonda – prendendo in considerazione il comportamento colpevole di uno dei coniugi non per sanzionarlo, ma come prova del fallimento matrimoniale – ma anche in questo modo, come vedremo, la componente colpevolistica sarà presente in una maniera o nell'altra, condizionando l'autonomia dei coniugi nel momento in cui viene presa in considerazione la rottura.

2. Emergence della nozione di divorzio-rimedio

Sarà necessario aspettare il periodo dell'Illuminismo perché cominci a prendere forma il divorzio basato sull'irreparabile rottura del matrimonio, così come il divorzio richiesto dai coniugi di comune accordo, che vedremo più avanti. Per quanto riguarda il primo, si cominciano a gettare le basi di un divorzio concepito come rimedio alla crisi matrimoniale, quando questa non può essere risolta per altre vie (divorzio-rimedio). Il divorzio suppone, in questo caso, la constatazione del fallimento definitivo del matrimonio. Occorre tenere conto, in ogni caso, del fatto

che il matrimonio rappresenta ancora un'istituzione da salvaguardare, un modello di convivenza che si vuole sottrarre alla libera decisione dei coniugi, sebbene la rigidità del sistema diventi più flessibile quando entra in collisione con gli interessi di questi. Il presupposto per consentire il divorzio è la rottura irreparabile della relazione coniugale, il cui apprezzamento spetta ai giudici. Come si può osservare, neppure in questo caso si può affermare che esista la libertà di sciogliere il matrimonio, poiché è lo Stato che permette il divorzio come ultima risorsa, esistendo ancora un *favor* nei confronti del matrimonio che si impone sulla libera decisione dei coniugi.

Per la dimostrazione del fallimento della coppia talvolta si richiede una previa separazione dei coniugi, giuridica o di fatto; talaltra, questi ultimi dovranno dimostrare una causa che effettivamente renda insopportabile la vita coniugale, nel qual caso le differenze con il divorzio basato sulla colpa svaniscono⁶. Sebbene si possa osservare un'evoluzione del sistema che gradualmente rinuncia alla nozione di divorzio-sanzione per sostituirla con quella di divorzio-rimedio, certo è che l'abbandono della prima non implica il prescindere dal comportamento colpevole di uno dei coniugi, al quale ora si fa riferimento come prova dell'irrimediabile e definitivo fallimento della vita coniugale. Sussiste pertanto l'elemento colpa, e però la nozione di divorzio che si afferma sulla base del comportamento colpevole del coniuge trasgressore differisce notevolmente dall'originario divorzio-sanzione, al quale abbiamo fatto riferimento in precedenza. Il divorzio, in questo caso, non è sinonimo di punizione, ma di via d'uscita o soluzione al problema della crisi coniugale. Allo stesso

⁶ Secondo DUMUSC, se esaminiamo il meccanismo del divorzio per colpa verifichiamo che di fatto non è la circostanza dell'aver commesso l'infrazione a determinare il divorzio. Se fosse questo il caso, sarebbe necessario che l'azione di divorzio potesse essere esercitata d'ufficio da parte dell'autorità, mentre invece può agire solamente il coniuge colpito. Se non si conosce l'infrazione, se la si consente, se non si risponde duramente o se la si perdona, non esiste azione di divorzio. Così come il divorzio non può essere pronunciato senza colpa o infrazione, questa di per sé non è sufficiente affinché si decreti il divorzio. Ciò che è determinante è l'effetto che produce sull'altro coniuge, o, più precisamente, sul vincolo coniugale. Il divorzio per colpa risulta essere così una forma restrittiva di divorzio-fallimento, limitato ai casi in cui il fallimento è provocato dall'infrazione di un coniuge. Allo stesso modo, rispetto al divorzio di comune accordo, il matrimonio non si scioglie perché i coniugi lo desiderano, ma perché questa volontà comune testimonia che la loro vita coniugale ha fallito. Anche il divorzio di comune accordo non compare più come un prodotto della teoria contrattuale del matrimonio, ma come un caso particolare di divorzio-rimedio (*Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 273-275).

modo, al momento di stabilire gli effetti della rottura non si guarda più al comportamento colpevole del coniuge che è alla base della richiesta, ma a parametri socioeconomici e di protezione dei membri della famiglia potenzialmente più sfavoriti dallo scioglimento del matrimonio.

3. Il divorzio consensuale

Insieme al nascente divorzio basato sulla rottura irreparabile del matrimonio, e senza prescindere dal divorzio-sanzione, si afferma il divorzio il cui unico presupposto è la volontà comune di entrambi i coniugi di sciogliere la relazione matrimoniale. Il divorzio di comune accordo o divorzio su richiesta di entrambi i coniugi presuppone il riconoscimento dell'autonoma volontà nella decisione sullo scioglimento del matrimonio e sulle sue cause e, in una certa misura, implica il trionfo della teoria contrattualistica del matrimonio. Lo Stato non effettua alcun controllo sui motivi, sebbene in alcuni casi si pongano taluni ostacoli al suo rapido ottenimento. Così, per esempio, si può esigere una durata minima del matrimonio, o che sia trascorso, quale periodo di riflessione, un periodo di tempo dopo la richiesta o una determinata età dei coniugi o l'assenza di figli minorenni a loro carico.

In questo tipo di scioglimento brilla con maggior nitidezza la libertà dei coniugi nella gestione della crisi; tuttavia, l'esigenza che agiscano insieme limita le possibilità di ciascuno, nella misura in cui si richiede di contare sul consenso dell'altro. Una restrizione della libertà che si accentua se, inoltre, si esige che si mettano d'accordo sugli effetti del divorzio. Tuttavia, non si può negare il passo avanti che questa soluzione ha significato nel riconoscimento della libertà quale fondamento dello scioglimento del vincolo coniugale.

4. Il divorzio per volontà unilaterale di uno solo dei coniugi

L'ultimo anello di questa catena evolutiva, con le caratteristiche che più tardi indicheremo, è costituito indubbiamente dalla consacrazione del divorzio quale risultato dell'esercizio di un diritto individuale a non rimanere sposato⁷. Il riconoscimento del diritto a richiedere il divorzio

⁷ Sul tema si veda GUIBENTIF, *L'évolution du droit du divorce de 1960 à 1981*, in J.COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, J.F. PERRIN e L. ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, Parigi-Ginevra, 1983. Dopo aver distinto tra divorzio-sanzione, di-

per volontà unilaterale di solo uno dei coniugi e senza la necessità di addurre alcuna causa presuppone il trionfo definitivo della libertà personale nella disciplina del divorzio. Esprime, inoltre, una concezione del matrimonio che, lungi dall'essere considerato un'istituzione da salvaguardare, si presenta come uno strumento per ottenere la realizzazione personale e la stabilità emozionale di ognuno dei coniugi.

Constatiamo come, in questo caso, la libertà si impone al controllo che abbiamo visto da parte dello Stato, il quale si limita a valutare le conseguenze dello scioglimento del vincolo per proteggere i membri più deboli della famiglia, senza che in nessun caso per l'ottenimento del divorzio possano interpersi ostacoli ragioni di merito o sulla base della volontà contraria dell'altro coniuge.

È importante sottolineare come questa evoluzione della nozione di divorzio, lungo la quale si sta facendo strada gradualmente il riconoscimento della libertà individuale, non corrisponde a un'evoluzione storica e cronologica: e ne è la prova il fatto che quest'ultima tipologia di divorzio si afferma per la prima volta in Russia in seguito alla rivoluzione bolscevica del 1917, anche se dovranno passare quasi cinquanta anni prima che questa nozione di divorzio unilaterale su richiesta di un solo coniuge si affermi in altri paesi d'Europa.

vorzio-fallimento e divorzio di comune accordo, l'autore aggiunge altre due tipologie: il divorzio rimedio e il divorzio per semplice manifestazione della volontà unilaterale. Il divorzio-rimedio si avvicina al divorzio fallimento nella constatazione che il matrimonio ha perso il suo fondamento, ma si differenzia da questo perché il divorzio non deriva da una causa soggettiva (la rottura del legame affettivo tra gli sposi), ma da cause oggettive: la malattia mentale o la scomparsa di uno dei coniugi. Il divorzio per manifestazione della volontà unilaterale implica, come indica il suo nome, la rinuncia a tutto il potere di esame del giudice e a ogni facoltà d'intervento del coniuge che desidera mantenere il vincolo matrimoniale. Si riduce alla semplice formalità di registrare la volontà di colui che pretende porre fine al matrimonio. Secondo l'autore, il valore della tipologia di divorzio risiede nel tipo di divorzio che corrisponde a un distinto modello di matrimonio. Ogni tipo di divorzio deriva da un determinato tipo di relazione tra la società e i coniugi, dovuto alla maniera di distribuire il potere di controllare la rottura. Il divorzio-sanzione e il divorzio-rimedio e il divorzio-fallimento saranno concessi solamente sulla base del riconoscimento del giudice. La decisione di divorzio di comune accordo spetta a entrambi gli sposi. Il divorzio per semplice manifestazione di volontà unilaterale consacra la piena volontà dell'individuo, il quale valuta sovraneamente i motivi di mantenere o no il vincolo coniugale (187-188).

II.

IL LUNGO PERCORSO DEL DIVORZIO IN EUROPA

1. *La libertà personale dei coniugi e la disciplina del divorzio*

Come si è già accennato, non si può stabilire un'evoluzione lineare nei distinti tipi di divorzio esistenti. Si potrebbe pensare che a mano a mano che si è avanzato nel riconoscimento della libertà dei coniugi, si è passati da un tipo di divorzio a un altro, fino ad arrivare al riconoscimento della volontà individuale come unica causa di divorzio. Tuttavia, ciò non è avvenuto. Al contrario, si può osservare la coesistenza dei diversi tipi di divorzio nello stesso ordinamento, e in alcune occasioni addirittura il ritorno alla situazione precedente, con il risorgere di regimi giuridici molto restrittivi della libertà degli sposi.

In tal senso è significativo il caso della Francia dove, dopo il trionfo della Rivoluzione, si afferma il divorzio per mutuo consenso con la Legge del 20 settembre 1792. La nuova normativa riveste una speciale importanza, poiché si tratta di una delle più liberali e progressiste di quel momento: fondata su due principii fondamentali, la preminenza della libertà individuale e la teoria contrattuale del matrimonio, ammette il divorzio non solo per cause specifiche determinate dalla Legge (art. 4, co. 1-7), ma anche per volontà di entrambi i coniugi (art. 2) e per incompatibilità di carattere (art. 3).

Tuttavia, il periodo di applicazione di tale normativa sarà breve, poiché dopo poco più di tre anni dall'entrata in vigore cominciano a sorgere progetti che intendono regolare il divorzio in una forma più severa, ciò che finalmente accade con la Legge del 31 marzo 1803, tramite la quale si inserisce nel *Code Civil* il titolo VI "Del Divorzio". A partire da quel momento si mantengono unicamente tre cause di divorzio rispetto alle sette precedenti: l'adulterio (artt. 229 e 230 C.C.), gli eccessi, le sevizie o le offese gravi (art. 231 C.C.) e la condanna di uno dei coniugi a una pena infamante (art. 232 C.C.). Si elimina il divorzio per incompatibilità di carattere. E sebbene si mantenga il divorzio per mutuo consenso (art. 233 C.C.), lo si circonda di una serie di complessità che, di fatto, lo rendono inaccessibile.

Si noti poi come inizialmente si opti per tre tipi di divorzio, ma avvenimenti successivi a tutti noti conducono alla limitazione delle possibilità dei coniugi, riducendole a ciò che si conosce come divorzio-sanzione, fino a giungere alla scomparsa definitiva del divorzio con la Legge del

1816. Si fa dunque un passo indietro relativamente all'introduzione del divorzio, fino a eliminarlo dal regime del matrimonio⁸.

Quando si introduce nuovamente il divorzio, nel 1884, non si torna alla situazione originale, nonostante gli anni trascorsi e i progressi fatti in materia, ma lo si limita a un unico tipo: il divorzio-sanzione. Si parte unicamente da fatti colpevoli, come la condanna di uno dei due coniugi a una pena afflittiva e infamante (art. 232) o gli eccessi, le sevizie o le offese gravi (art. 231) e, certamente, l'adulterio (artt. 229 e 230 CC). Si può osservare, peraltro, che accanto al divorzio-sanzione va facendosi strada, a poco a poco, la nozione di divorzio-rimedio. Occorre evidenziare inoltre, come da alcuni rilevato⁹, che i tribunali realizzarono un'ampia interpretazione della nozione di offesa, il che, assieme alla mancanza di poteri inquisitori da parte del giudice, condusse, nella pratica, ad ammettere il divorzio per mutuo consenso, nell'intento di far coincidere le aspirazioni sociali con la realtà normativa.

Ciononostante è certo che dovremo aspettare fino al 1975 perché in Francia si introduca nuovamente e ufficialmente il divorzio per consenso di entrambi i coniugi (Legge dell'11 luglio 1975). È necessario dunque che trascorranò più di novanta anni affinché si affermi nuovamente nella legislazione francese il modello di divorzio consensuale, che tuttavia non determina l'eliminazione delle cause di colpa. Inoltre, si aggiungerà il modello di divorzio-rimedio. In tal modo, nel Codice Civile francese coesisteranno vari tipi di divorzio: il divorzio basato sul comportamento colpevole di un coniuge, il divorzio-rimedio e il divorzio per mutuo consenso.

È significativo osservare come i principi di uguaglianza e di libertà hanno avuto un'evoluzione molto diversa nella storia, in modo tale che

⁸ Questo processo di marcia indietro si verifica anche nei Paesi Bassi. Come è noto, il Codice Civile francese fu introdotto nei Paesi Bassi nel 1810 e con esso il divorzio per mutuo consenso. Tuttavia, l'applicazione di tale tipo di divorzio non durò molto tempo, poiché con il Codice Civile del 1838 si rifiuta tale modalità accettando unicamente il divorzio basato sul comportamento colpevole dei coniugi. Accanto a tale tipo di divorzio può osservarsi l'esistenza di un divorzio per fallimento della vita coniugale, al quale i coniugi potevano accedere, non senza difficoltà, dopo cinque anni di separazione giudiziale. Le disposizioni regolatrici del divorzio non saranno riformate fino al 1971 (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 16 y ss. e 143.).

⁹ D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 30; J.COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, J.F. PERRIN e L. ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., 56.

mentre il primo si è imposto con il tempo in maniera progressiva durante i secoli XIX e XX, per quanto concerne la libertà personale, e in particolare nell'ambito del matrimonio, essa è stata soggetta a continue regressioni come conseguenza del controllo dello Stato sulle cause di divorzio, che fondamentalmente rivelano l'interesse a mantenere intatta l'istituzione matrimoniale¹⁰. Il fatto è che alla base del tema oggetto d'indagine c'è la questione dell'ingerenza dello Stato nel matrimonio e nella famiglia con la finalità di assicurare la loro validità nell'ordine sociale. Quando si complica l'ottenimento del divorzio si assicura la permanenza della famiglia matrimoniale e, con essa, lo sviluppo delle funzioni che le sono assegnate¹¹.

Diversi dal modello francese sono i casi del Belgio e del Lussemburgo. In entrambi i paesi, il divorzio per mutuo consenso ereditato dalla Rivoluzione Francese coesistè con il divorzio basato sulla colpa e con il divorzio-rimedio. Per quel che riguarda quest'ultimo, si prevedevano come causa di divorzio la separazione di fatto per dieci anni in Belgio (art. 232.1) o tre anni in Lussemburgo (art. 230); e lo stato di demenza o grave situazione di disequilibrio mentale in Belgio (art. 232.2) o lo stato di alienazione mentale di regola incurabile in Lussemburgo (art. 231), sempre che tali fatti fossero successivi alla separazione dei coniugi da almeno dieci anni nel primo paese e cinque nel secondo. Come si è detto, l'adozione del divorzio per mutuo consenso e del divorzio-rimedio non implicò la scomparsa dell'elemento colpa, che continuò ad esistere e che si traduceva nella possibilità di richiedere il divorzio per adulterio o per

¹⁰ Anche in Austria il riconoscimento del divorzio consensuale è certamente tardivo, visto che il divorzio per mutuo consenso non viene introdotto fino alla riforma attuata dalle leggi del 15 e del 30 giugno 1978, e quando ciò accade lo si fa senza abbandonare le cause di divorzio tradizionale: adulterio, condotta indegna o immorale del coniuge che provochi una disunione profonda e irreparabile, problemi mentali del coniuge che provochino la situazione anteriormente citata, malattia mentale, o malattie contagiose o ripugnanti (Legge di matrimonio del 1938, che unificava il diritto austriaco e tedesco, dopo l'annessione dei territori austriaci da parte della Germania). A partire dalla riforma menzionata, i coniugi, inoltre, possono richiedere il divorzio senza la necessità di addurre alcuna causa, con l'unico requisito della sospensione effettiva della convivenza per almeno sei mesi, e sempre che si presenti un accordo sugli effetti del divorzio, a meno che, in questo ultimo caso, tali effetti siano stati oggetto di una precedente decisione giurisdizionale (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 79-80).

¹¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Otras miradas sobre la familia. La familia y sus funciones*, in *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Murcia 2005, 4915 e ss.

sevizie o offese gravi da parte dell'altro coniuge (artt. 229 e 231 del Codice Civile belga e art. 229 del Codice Civile del Lussemburgo)¹².

Il cambiamento del criterio per la soluzione della crisi coniugale avvenne anche in Russia, ove si diede vita alla normativa più moderna dell'epoca per retrocedere in seguito verso posizioni più conservatrici sul matrimonio. Un decreto del 1917 e successivamente il Codice di Famiglia del 1918 regolano il divorzio di tipo amministrativo per il quale non si prevede alcun tipo di verifica in caso di consenso mutuo dei coniugi. Ma il secondo Codice di Famiglia del 1926 va ancora più lontano, poiché permette il divorzio per volontà unilaterale di entrambi. In un certo senso, il diritto sovietico degli anni venti presuppone la stessa rottura che significò la legislazione francese rivoluzionaria del 1792. In realtà, e per quanto riguarda l'Unione Sovietica, più che di una ideologia puramente socialista si tratta di una legislazione concorde con l'onda progressista che percorre parte dell'Europa in quei momenti, e che si traduce in una forte reazione alla concezione borghese e patriarcale del matrimonio e della famiglia¹³. Tuttavia la libertà di decidere riguardo alla relazione coniugale viene limitata quando diventa manifesta l'incapacità dello Stato nel soddisfare le necessità dei suoi cittadini, per cui bisogna ricorrere alla famiglia affinché svolga questa funzione. Occorre dunque rafforzare i legami di unione tra i suoi membri e perciò si ricorre, tra le altre cose, a restringere le fattispecie di scioglimento del matrimonio, il che avviene nell'anno 1944 sotto Stalin. Vediamo di nuovo come gli interessi generali si impongono sui diritti dei membri della famiglia. Tutte queste riforme, anche dopo la loro parziale revoca, ebbero un influsso notevole nello sviluppo del diritto matrimoniale dei paesi dell'Europa dell'est, e furono prese anche come modello per il diritto svedese durante gli anni Settanta.

Anche in Portogallo si verificano cambiamenti molto significativi nella disciplina del divorzio. Così, con l'arrivo della Repubblica nel 1910, si introduce il divorzio per mutuo consenso, che coesiste con il divorzio litigioso fondato tanto su comportamenti colpevoli quanto non colpevoli di uno dei coniugi e ciò, assieme alla possibilità di convertire la previa se-

¹² Inoltre, per ottenere il divorzio per mutuo consenso in Belgio così come in Lussemburgo si esige che i coniugi abbiano almeno 23 anni (art. 275 CCB del 20 novembre 1969 e art. 275 CCL del 6 febbraio 1975) e che siano trascorsi i due primi anni di matrimonio (art. 276 CCB e art. 175 CCL) (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 57-58).

¹³ M. ANTOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, cit., 44.

parazione nel divorzio, porta alla affermazione del divorzio basato sull'irreparabile fallimento della vita matrimoniale¹⁴. Tuttavia, come si è già segnalato, dopo le riforme radicali dell'inizio del secolo, le politiche europee regolatrici del divorzio furono caratterizzate da continui passi indietro relativamente all'adozione di normative progressiste che riconoscessero i diritti individuali. E così, la firma del Concordato tra la Santa Sede e lo Stato portoghese del 7 luglio 1940, sotto la dittatura di Salazar, impedisce ai matrimoni cattolici l'accesso al divorzio. In seguito, il Codice Civile del 1966 eliminerà le cause oggettive di divorzio (art. 1778 e art. 1792 C.C.), abrogando il divorzio per mutuo consenso (art. 1792 C.C.) e autorizzando i tribunali a imporre la separazione giudiziale anche quando i coniugi avessero richiesto il divorzio (art. 1794 C.C.). Nel 1975, con l'arrivo della democrazia, si reintroduce finalmente il divorzio per i cattolici (Decreto-Legge n° 261/75, del 27 maggio 1975), questa volta fondato sulla rottura irreparabile della vita matrimoniale.

Un ulteriore esempio di progressi seguiti da continue regressioni nel riconoscimento della libertà nelle normative regolatrici del divorzio lo si trova nel caso spagnolo: è a tutti noto il breve periodo di vigenza della Legge del 2 marzo 1932¹⁵, che, con una chiara influenza del diritto sovietico, oltre a enumerare una serie di cause colpevoli¹⁶ permetteva ai co-

¹⁴ Si considerano cause soggettive, adulterio o abbandono del domicilio coniugale, o obiettive, come l'assenza o la pazzia incurabile di un coniuge o la separazione liberamente consentita per dieci anni consecutivi (art. 4 del decreto del 3 novembre 1910). Il divorzio per mutuo consenso sarà ammesso se i coniugi hanno 25 anni e sono sposati da almeno cinque (Codice di Procedura Civile del 1939) (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 69).

¹⁵ Con la Costituzione del 9 dicembre 1931, e per la prima volta nella nostra storia, si riconosce il divorzio, stabilendo nell'articolo 43.1 che "la famiglia è sotto la salvaguardia speciale dello Stato. Il matrimonio si basa sull'uguaglianza dei diritti per entrambi i sessi, e potrà sciogliersi per mutuo dissenso o su richiesta di chiunque dei coniugi, invocando, in tal caso, una giusta causa".

¹⁶ La Legge del 2 marzo 1932 enumera nel suo articolo 3 tredici cause di divorzio: "1. L'adulterio non consentito o non agevolato dal coniuge che lo richieda. 2. La bigamia, senza pregiudizio dell'azione di nullità che possa essere esercitata da chiunque dei coniugi. 3. Il tentativo del marito di far prostituire la moglie o un atto del marito o della moglie volto a corrompere i figli o far prostituire le figlie, oppure la connivenza nella loro corruzione o prostituzione. 4. La mancata assistenza nei confronti della famiglia, senza giustificazione. 5. L'abbandono colpevole del coniuge per un anno. 6. L'assenza del coniuge quando siano trascorsi due anni dalla data della sua dichiarazione giudiziale, da calcolarsi in conformità all'articolo 186 del Codice Civile. 7. L'attentato di un coniuge contro la vita dell'altro, dei figli comuni o di quelli di uno di loro, i maltrattamenti con i fatti

niugi, una volta trascorso un periodo di due anni a partire dalla celebrazione del matrimonio¹⁷, di richiedere il divorzio senza la necessità di addurre alcuna causa. Tuttavia, come si è detto, la Legge del 2 marzo 1932 restò in vigore per un breve periodo, poiché dopo il trionfo della dittatura fu abrogata dalla Legge del 23 settembre 1939, sebbene già il Decreto del 2 marzo 1938 avesse ordinato la sospensione dei procedimenti di separazione e divorzio in corso e l'esecuzione di quanto necessario per il divorzio consensuale, confermando la reintroduzione della precedente normativa.

Come abbiamo visto, forse la caratteristica più importante dell'evoluzione della nozione di divorzio nei paesi segnalati sta nella circostanza per cui non si tratta di un processo lineare, in quanto le diverse soluzioni non si sono presentate in forma successiva nel tempo; e in molti casi si sono evolute verso tipologie più avanzate – dal punto di vista del riconoscimento della libertà individuale – senza abbandonare del tutto altri modelli più conservatori. Non obbedisce neppure a criteri territoriali, visto che i distinti ordinamenti hanno accolto l'uno o l'altro tipo di divorzio con assoluta eterogeneità, e ciò mette in evidenza come le normative disciplinanti il divorzio varino da un paese all'altro in funzione degli interessi politici.

o le offese gravi. 8. La violazione di alcuni dei doveri imposti dal matrimonio e la condotta immorale o disonorevole di uno dei coniugi, che produca un disturbo nella relazione matrimoniale tale da rendere insopportabile all'altro coniuge la continuazione della vita in comune. 9. La malattia contagiosa e grave di carattere venereo, contratta in relazioni sessuali fuori dal matrimonio e in seguito alla sua celebrazione, e quella contratta anteriormente, e che sia stata occultata colpevolmente all'altro coniuge al momento della celebrazione. 10. La malattia grave, il cui sviluppo possa indurre ragionevolmente a supporre come conseguenza la incapacità definitiva del compimento di alcuni dei doveri matrimoniali e quella contagiosa, contratte entrambe prima del matrimonio e colpevolmente occultate al momento della sua celebrazione. 11. La condanna del coniuge a pene di privazione della libertà per un periodo superiore a dieci anni. 12. La separazione di fatto e in un distinto domicilio, liberamente consentita per un periodo di tre anni. 13. L'alienazione mentale di uno dei coniugi, quando questa impedisce la loro convivenza spirituale in termini gravemente dannosi per la famiglia e che escluda ogni presunzione razionale che tale convivenza possa essere ristabilita definitivamente. Non potrà decretarsi il divorzio in virtù di questa causa, ma resta assicurata l'assistenza del malato”.

¹⁷ Art. 4: “Hanno capacità di richiedere il divorzio per mutuo dissenso i coniugi maggiori di età. Tale diritto non potrà essere esercitato nel caso in cui non siano ancora trascorsi due anni dalla celebrazione del matrimonio”. V. S. DE LA ESCALERA Y GAYÉ, *Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932.*, 1ª ed., Madrid 1932.

2. Una certa evoluzione in materia di divorzio

Nonostante quanto si è detto, in alcuni paesi si può apprezzare una linea progressiva che è andata segnando la successione dei distinti tipi di divorzio. È il caso dei paesi scandinavi, dove l'istituto è oggetto di un importante cambiamento dal punto di vista concettuale. In Svezia, l'arrivo al potere dei liberali nel 1905 segna l'inizio di una politica riformatrice in materia matrimoniale¹⁸. Una corrente seguita anche in Danimarca e Norvegia, che porta alla costituzione, nel 1910, di una serie di commissioni giuridiche per elaborare una nuova legislazione sul matrimonio e il divorzio, se non identica, almeno molto simile nei tre paesi. Un tratto comune è costituito dalla configurazione dell'irreparabile fallimento del matrimonio come causa di divorzio¹⁹, che sostituisce il tradizionale divorzio-sanzione e che va a coesistere con il divorzio per mutuo consenso, che si ottiene chiedendo, da parte di uno o entrambi i coniugi, la trasformazione di una precedente separazione giudiziale.

Come si vede, la disciplina del divorzio in Svezia si presenta come una delle più progressiste del XX secolo, sebbene sia anche vero che la realtà politico-sociale del paese differisce notevolmente dalla situazione nel resto dei Paesi europei: già la Legge dell'11 giugno 1920 proclamava l'uguaglianza formale tra uomini e donne. Ma è negli anni Settanta che si consolida il cambiamento. Provocato da circostanze note a tutti, viene in risalto il fatto che la metà della popolazione femminile esercita una professione e ciò le conferisce un alto livello di indipendenza economica. A questo aspetto occorre aggiungere le prestazioni sociali offerte dallo

¹⁸ I liberali erano partitari di un diritto di divorzio più giusto, realista e costruttivo e consideravano che il mantenimento con la forza del vincolo matrimoniale, quando questo aveva fallito, non produceva beneficio né ai coniugi né alla società. Per dare efficacia a tali posizioni era del tutto necessario svincolarsi dalla religione e proporre inoltre una nuova concezione di matrimonio, nel quale i coniugi siano uguali dal punto di vista giuridico, sociale ed economico (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 85). V. D. GAUNT, L. NYSTROM, in A. BURGUIERE e altri (a cura di), *A history of the family*, vol. II, *The impact of Modernity*, Cambridge 1996, 480.

¹⁹ Il sistema scandinavo prevede differenti cause di divorzio comuni ai cinque Stati (Svezia, Danimarca, Norvegia, Finlandia e Islandia): l'adulterio, l'abbandono, l'attentato alla vita, la condanna a una pena con privazione della libertà per una certa durata, la celebrazione di un secondo matrimonio durante l'esistenza del primo, l'esposizione del coniuge a una malattia venerea, la vita separata dei coniugi per un periodo variabile a seconda del Paese e la natura della separazione, l'assenza di uno dei coniugi e la malattia mentale, in determinate condizioni (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 87).

Stato in caso di incidente, malattia, invalidità, disoccupazione, etc., che implicano che la famiglia non svolga queste funzioni, almeno non obbligatoriamente. A ciò si deve aggiungere l'alto numero di coppie che formano una famiglia a partire da una unione di fatto e al di fuori dal matrimonio, la cui rottura è esente da qualsiasi impedimento. Tutti questi elementi influiscono sulla nuova concezione di matrimonio come unione libera di persone indipendenti²⁰, che vogliono mantenere la convivenza finché questa dia loro un percorso di realizzazione e felicità personale. Seguendo questa prospettiva, si comprende che non si possono imporre ostacoli legali alla dissoluzione del vincolo in caso di crisi, ma semmai si deve facilitare lo scioglimento del matrimonio quando uno o entrambi i coniugi decidono di porvi fine. Il risultato è la Legge del 4 luglio 1973, in vigore a partire dal 1° gennaio 1974, che afferma un diritto al divorzio esercitabile da ognuno dei coniugi, senza la necessità di addurre alcuna causa. Assistiamo dunque a una disciplina del divorzio che prescinde non solo dall'elemento colpa, ma da qualsiasi altro requisito che implichi un'intromissione nella vita privata del matrimonio. La normativa permette il divorzio su richiesta di un solo coniuge in base all'unico presupposto che sia trascorso un periodo di riflessione di sei mesi. Periodo che neppure è necessario quando i coniugi hanno vissuto separati per almeno due anni. Nel caso in cui entrambi i coniugi richiedano d'accordo il divorzio, non è richiesto nessun altro requisito²¹.

È possibile percepire una certa evoluzione, seppure molto rallentata, anche nel caso della Germania, dove il Codice Civile contemplava il divorzio basato sulla colpa, le cui uniche cause si traducevano in gravi infrazioni commesse da un coniuge nei confronti dell'altro, fatto salvo il caso della malattia mentale (§1565 al 1569 BGB). Nelle distinte leggi sul matrimonio che si succedono nel corso del XX secolo si mantiene questo tipo di divorzio, al quale si aggiunge la tipologia di divorzio-rimedio, permettendo lo scioglimento quando l'interruzione della convivenza sia du-

²⁰ Come affermò il Ministro di Giustizia di questo Paese, H. Kling, il matrimonio è "la associazione volontaria di due persone indipendenti" (M.T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, Parigi 1999, 49).

²¹ Solo nel caso in cui esistano figli minorenni a carico di uno o di entrambi i coniugi, si prescrive un periodo di riflessione di sei mesi, a meno che non fossero già separati (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 251-252). Il divorzio su richiesta di un coniuge è approvato anche in Finlandia nel 1987, anche qui con l'esigenza di un periodo di riflessione (M. ANOKOLSKAIA, *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, cit., 52).

rata almeno tre anni e quando, per il profondo e irrimediabile dissidio tra i coniugi, sia impossibile il ristabilimento della vita in comune (art. 55 della Legge del 6 luglio 1938). Così sarà anche nelle leggi successive del 1946 e del 1961. Occorre evidenziare, tuttavia, che in quest'ultima normativa il coniuge poteva opporsi alla richiesta, un'opposizione che si intensifica nella pratica giudiziale, fino a rendere di fatto impraticabile questa strada per l'ottenimento del divorzio. Così stando le cose, occorrerà aspettare la riforma del 1976 (Legge del 14 giugno 1976) affinché il fallimento del matrimonio si consolidi come l'unica causa di divorzio nel Codice Civile, assolutamente indipendente da ogni comportamento colpevole (§1565 BGB). Nel caso in cui i coniugi siano d'accordo nell'idea di divorziare, è sufficiente che non abbiano convissuto per un anno affinché il fallimento possa essere presunto (§1566.1 BGB). Se la separazione di fatto è durata almeno tre anni, ciò costituisce di per sé una prova inconfutabile del fallimento dell'unione matrimoniale (§1566.2 BGG). Come può ben osservarsi, il modello tedesco derivante dalla riforma presuppone il riconoscimento di un modello misto di divorzio che potrebbe qualificarsi di divorzio-rimedio (con i periodi di separazione indicati tra i coniugi che confermano tale circostanze) e di divorzio consensuale (nel cui caso la volontà di uno o di entrambi i coniugi è condizionata dal necessario decorso di un determinato periodo di tempo)²².

3. *L'affermazione definitiva del divorzio-rimedio*

Si dovrà attendere l'ultimo trentennio del XX secolo affinché il cosiddetto divorzio-rimedio si affermi definitivamente in Europa e si abbandonino dunque l'antica nozione di divorzio-sanzione. Un processo che è conseguenza delle trasformazioni sociali e delle evoluzioni del pensiero dominante fino a quote più alte di libertà. Assistiamo a un importante cambiamento nella concezione della famiglia e del matrimonio, che senza dubbio influirà sul modello di divorzio adottato dai diversi ordinamenti giuridici.

Già a partire dagli anni Sessanta, il modello familiare tradizionale comincia a incrinarsi per la coesistenza di una serie di fattori, tra i quali l'emancipazione sessuale della donna, la forza crescente del femminismo

²² Sul tema, W. MÜLLER-FREIENFELS, *The Marriage Law reform of 1976 in the Federal Republic of Germany*, in *International and Comparative Law Quarterly* 1979, 184 e ss.

e la ricomparsa dell'individualismo come modello di condotta e ciò, insieme all'attuazione della libertà nelle diverse Costituzioni europee, provoca la revisione e la sostituzione dei concetti tradizionali applicabili al matrimonio. Una realtà che, come dicevamo, si riflette nella disciplina del divorzio, verificandosi l'abbandono definitivo del modello di divorzio-sanzione e l'affermazione di un tipo di divorzio concepito come rimedio al fallimento definitivo della vita matrimoniale. Come afferma Antokolskaia²³, il problema del divorzio basato esclusivamente sulla colpa si manifestava fundamentalmente nelle ipotesi di divorzio litigioso. In primo luogo, l'umiliante procedimento inquisitorio aumentava l'avversione tra i coniugi e faceva sì che la loro vita fosse oggetto di pubblico esame. In secondo luogo, al coniuge "colpevole" era impedito, almeno teoricamente, l'ottenimento del divorzio nel caso in cui il coniuge vi si opponesse. Tali inconvenienti diventano ogni volta meno tollerabili, a mano a mano che i concetti di libertà individuale e di felicità personale si instaurano nell'ambiente socio-politico degli anni Sessanta e Settanta. Il poter sciogliere un matrimonio sfortunato è concepito così come il logico esercizio di un diritto corrispondente a ogni cittadino, che non può essere impedito in ragione di un sempre meno comprensibile ordine pubblico familiare.

Il modello inglese costituisce un chiaro esempio di quanto esposto. Previsto come causa di divorzio il fallimento del matrimonio, la questione che si presenta è quella del ruolo che deve essere assunto dallo Stato. Si deve optare tra due possibili modelli: quello nel quale il giudice si limita a constatare l'effettiva rottura del matrimonio sulla base della dichiarazione in tal senso resa dai coniugi, oppure quello in cui esigere un elemento di prova che confermi la rottura definitiva della convivenza matrimoniale. La legge di riforma del divorzio del 1969 è il risultato di un compromesso tra queste due posizioni: si prescinde da un procedimento inquisitorio, ma si esige la dimostrazione di una serie di circostanze che confermino l'irrimediabile fallimento²⁴. In tal modo, l'unica causa di divorzio è la rottura irrimediabile dell'unione coniugale, situazione che si

²³ *The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy*, cit., 48.

²⁴ Alla Divorce Reform Act, 1969, occorre aggiungere la Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970. Nel 1973 la Matrimonial Causes Act non fa che raggruppare le disposizioni contenute nelle due leggi precedenti (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 189).

presume quando si presenti una delle seguenti circostanze: adulterio del convenuto che renda insopportabile la vita del richiedente; condotta del coniuge convenuto che non permetta di ragionevolmente esigere al richiedente il mantenimento della vita in comune; abbandono per un periodo di almeno due anni; vita separata dei coniugi per un periodo simile, sempre quando entrambi acconsentano al divorzio, fatto che in realtà implica il riconoscimento in questo ordinamento di un divorzio consensuale; vita separata dei coniugi per un periodo di almeno cinque anni²⁵.

Allo stesso modo, nei Paesi Bassi, la Legge del 6 maggio 1971 implica l'affermazione definitiva del divorzio basato sulla rottura del matrimonio, e allo stesso tempo introduce la nozione di divorzio consensuale. Con la nuova normativa si eliminano tutte le cause di divorzio precedenti basate sul comportamento colpevole di uno dei coniugi, che sono sostituite da una causa generica e indeterminata: il fallimento definitivo del matrimonio (art. 151 C.C.). Assieme a questa si regola la possibilità che i coniugi richiedano il divorzio di mutuo accordo (artt. 150 e 154 C.C.). In entrambi i casi, per la richiesta sarà necessario che sia trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio²⁶.

Infine, è rilevante anche il caso degli ordinamenti che introducono il divorzio per la prima volta, come in Italia (Legge del 1 dicembre 1970)²⁷, o, dopo un lungo periodo senza, la Spagna (Legge del 7 luglio del 1981) oppure, come si è detto, il Portogallo per i matrimoni cattolici (Decreto-legge n. 261/75, del 27 maggio 1975, con il quale si abroga l'art. 1790 C.C.). La caratteristica comune a tutti è l'adozione di un divorzio fondato sulla irreparabile rottura del matrimonio, cui si accede a partire da determinate cause tanto soggettive o colpevoli quanto oggettive. Si ammette anche il divorzio richiesto dai coniugi di comune accordo, ma condizionato al decorso di lunghi periodi di avvenuta separazione.

In Spagna, la riforma del Codice Civile del 1981, oltre a introdurre il

²⁵ ST. CRETNEY, *L'évolution du Droit anglais en matière de mariage et de divorce*, in *Mariage et famille en question*, Lione 1979, 19 e ss.

²⁶ NERSON-SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Mariage et famille en question. L'évolution contemporaine en Suisse, en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et dans la région Scandinave*, Lione 1979, 135 e ss.

²⁷ In Italia, il Codice Civile del 1942, in linea con il suo predecessore del 1865, conferma l'indissolubilità del matrimonio civile e mantiene l'applicazione del Concordato celebrato nel 1929 con la Chiesa Cattolica, in funzione del quale i matrimoni cattolici saranno regolati secondo le disposizioni del diritto canonico (D. DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., 110 e 154).

divorzio dopo quarantadue anni di assenza, presuppone un mutamento teorico di enorme importanza. Esso consiste, come si è indicato, nella sostituzione di un divorzio basato su cause soggettive o colpevoli con uno fondato su cause oggettive, che rendono evidente il fallimento definitivo della convivenza. Secondo quanto previsto dalla Legge del 7 luglio del 1981, l'asse del sistema è costituito dall'idea di "rottura del matrimonio", che si manifesta come presunzione *iuris tantum*: a) nell'interruzione della convivenza coniugale per determinati periodi di tempo, da calcolarsi a partire da un previo procedimento di separazione; b) nella separazione di fatto; c) a partire da alcune circostanze di carattere personale; d) o in determinati atti che rivelano l'intenzione di non proseguire la convivenza o la sua estrema difficoltà²⁸. Tuttavia il sistema divorzista instaurato nel 1981, ben lungi dall'essere facilmente praticabile, impone ai coniugi lunghi periodi di attesa, quando non si opti per l'addebito a uno di essi di condotte la cui verifica, al di là del fatto che esse costituiscano comportamenti più che riprovevoli dal punto di vista morale o etico e talvolta legale, implica la violazione del diritto all'intimità del matrimonio e in particolare del coniuge convenuto (originari artt. 82 e 86 C.C.), senza considerare la difficoltà di provare, in molti casi, detti comportamenti. Forse per questo motivo i tribunali hanno progressivamente riconosciuto, come causa di separazione e divorzio, il venir meno della *affectio maritalis*, considerando tale il necessario affetto che devono professarsi i coniugi insieme al loro desiderio di proseguire la convivenza. Una questione, questa, che nei casi di separazione e divorzio di comune accordo non ha presentato problemi e che, tuttavia, nel caso di procedimenti contenziosi è stata ammessa in modo eterogenea dalle diverse *Audiencias Provinciales* [Corti d'Appello], con la conseguente insicurezza giuridica che ciò determina²⁹.

²⁸ V. MONTÉS PENADÉS, *Derecho de Familia*, 3ª ed., Valencia, 1997, 133.

²⁹ Su questo tema si veda M.L. ARCOS VIEIRA, che realizza uno studio dettagliato sull'applicazione di questo criterio da parte della giurisprudenza delle *Audiencias Provinciales* [Corti d'Appello] (*La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Navarra 2000). Sulle cause di divorzio nella Legge del 1981 si veda M. ALONSO PÉREZ, in *Matrimonio y divorcio, comentarios al Título IV, del Libro Primero del Código Civil*, a cura di LACRUZ, Madrid 1994, 881 e ss.; V. MONTÉS PENADÉS, in *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991, 336 e ss. e in *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984 499 e ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO e altri, *El nuevo régimen de la familia, t. I, Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, 219 e ss.; L. PUIG FERRIOL, in *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Madrid, 1984, 450 e ss.

III.

LA PROBLEMATICHE DEL DIVORZIO
NELLE LEGISLAZIONI EUROPEE CONTEMPORANEE

Dopo questo *excursus* relativo all'evoluzione della nozione di divorzio, possiamo constatare come ancora oggi coesistano in Europa diversi sistemi che lo regolano. Se ci fermiamo alle legislazioni europee contemporanee, vediamo che si è mantenuta l'eterogeneità caratteristica dei momenti iniziali, quando il divorzio si inserì nei diversi Paesi europei e che lo è stata ancora nel corso del XX secolo. Negli ordinamenti giuridici dell'Europa attuale si affronta la problematica del divorzio in maniera molto diversa³⁰: così, mentre in Paesi come Svezia o Finlandia i coniugi possono divorziare senza la necessità di addurre alcuna causa, in altri come l'Olanda o l'Inghilterra devono essere dimostrati determinati fatti che confermino la rottura definitiva della convivenza matrimoniale³¹.

Partendo da tale diversità, possiamo distinguere, in primo luogo, quegli ordinamenti che contemplano la condotta colpevole di un coniuge come causa di divorzio. Si mantiene l'elemento colpa che, sebbene non si identifichi con la nozione ormai superata di divorzio-sanzione, porta con sé un certo tono sanzionatorio del comportamento degli sposi. Tutti questi Paesi hanno come caratteristica comune l'applicazione di un sistema plurale o misto, nel quale coesistono diversi tipi di divorzio, con riferimento a cause sia oggettive che soggettive; e così, oltre al divorzio per colpa, possiamo trovare il divorzio-rimedio o il divorzio di comune accordo.

È il caso della Francia³², dove, come è stato detto, dopo la legge del

³⁰ M.T. MEULDERS-KLEIN distingue tra paesi con sistema plurale o misto, intendendo con ciò quello che riconosce diversi tipi di divorzio a partire da una pluralità di cause, e gli ordinamenti denominati unicisti, nei quali la sola causa del divorzio è la rottura della vita matrimoniale (*La personne, la famille, le Droit*, cit., 58 y ss.).

³¹ Sul diritto europeo contemporaneo, si veda K. BOELE-WOELKI e altri, *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Oxford, 2004; B. DUTOIT, R. ARN, B. SFONDYLIA, C. BISCHOF, *Le divorce en Droit comparé*, cit.; C. HAMILTON, A. PERRY, *Family Law in Europe*, Londra 2002.

³² Dopo la riforma approvata con la Legge n° 2004-439, del 26 maggio 2004, il Codice Civile francese prevede negli articoli 229 e seguenti quattro diversi tipi di divorzio: 1. Divorzio di comune accordo. 2. Divorzio per accettazione del principio di rottura del matrimonio. 3. Divorzio per alterazione definitiva della relazione coniugale. 4. Divorzio per colpa. Il divorzio può essere richiesto da entrambi i coniugi quando questi siano d'accordo rispetto alla rottura del matrimonio e i suoi effetti e presentino al giudice un ac-

1975 si instaura un sistema nel quale si riconoscono testualmente quattro tipi di divorzio: di comune accordo, per accettazione del principio di rottura del matrimonio, per alterazione definitiva della relazione coniugale e per il comportamento colpevole di uno dei coniugi; tuttavia si affermano teoricamente due tipologie molto concrete: il divorzio su richiesta di entrambi i coniugi e il divorzio basato sulla rottura irreparabile del matrimonio, che si può constatare sulla base di fatti soggettivi (comportamento colpevole dell'altro coniuge) o oggettivi (trascorrere del tempo).

Un caso molto simile è costituito dalla disciplina del divorzio in Lussemburgo³³. Dopo la riforma del 5 dicembre 1978, si contempla il divorzio per comportamento colposo, per separazione di fatto di più di tre o cinque anni e di comune accordo. Come si può vedere, si concede un certo margine di libertà ai coniugi nel richiedere il divorzio, sebbene entrambi debbano essere d'accordo e debbano essere trascorsi almeno due anni dalla celebrazione del matrimonio. Accanto a questo tipo di divorzio, in maniera simile al modello francese, si contempla il divorzio basato sulla rottura irreparabile della vita coniugale, che sarà valutata dal tribu-

cordo regolatore delle conseguenze del divorzio (art. 230 C.C.). Inoltre, il divorzio può essere richiesto da uno dei coniugi o da entrambi quando tutti e due accettano il principio della rottura del matrimonio senza considerare i fatti che lo hanno motivato (art. 233 C.C.). Il divorzio può essere richiesto anche da uno degli sposi quando il vincolo coniugale è definitivamente rotto (art. 237 C.C.). La rottura definitiva del vincolo coniugale deriva dall'interruzione della vita in comune degli sposi quando questi hanno vissuto separati nei due anni precedenti alla richiesta di divorzio (art. 238 C.C.). Infine, si prevede anche un divorzio per colpa, che può essere richiesto da uno dei coniugi quando l'altro ha violato in modo grave o reiterato i doveri o obblighi del matrimonio in maniera tale da rendere intollerabile la vita in comune (art. 242 C.C.). Sul tema, J. CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21 ed., Paris, 2002; J. RUBELLIN-DEVICHI (a cura di), *Droit de la famille*, Paris, 2001, 187 e ss.; F. TERRÉ – D. FENOUILLET, *Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6^a ed., Parigi 1996, 394 e ss.

³³ Il Codice Civile del Lussemburgo dispone, nel suo art. 229, che si potrà richiedere il divorzio per eccessi, maltrattamenti o offese gravi di un coniuge nei confronti dell'altro, quando tali fatti costituiscano una violazione grave e reiterata dei doveri e degli obblighi matrimoniali e rendano intollerabile il mantenimento della vita coniugale. Allo stesso modo, il coniuge potrà richiedere il divorzio adducendo una separazione di fatto continuata di almeno tre anni di durata, nel caso in cui il dissidio tra gli sposi sia irrimediabile (art. 230 C.C.) o di più di cinque anni nel caso in cui si addebiti alla condizione di malattia mentale incurabile dell'altro coniuge (art. 231 C.C.). In entrambi i casi il giudice potrà rifiutare la richiesta se constata che il divorzio provoca, per il convenuto o i figli minorenni, conseguenze materiali o morali di eccezionale durezza (art. 232 C.C.). Nel caso di divorzio di comune accordo, nessuno dei coniugi deve essere minore di 23 anni ed è richiesta una durata del matrimonio di almeno due anni (art. 275 C.C.).

nale solo una volta dimostrata la presenza di alcuni fatti obiettivi o la violazione grave dei doveri coniugali da parte del coniuge convenuto.

È anche il caso di Italia³⁴, Danimarca³⁵ e Norvegia³⁶, dove le cause col-

³⁴ In Italia, la Legge del 1 dicembre 1970 è stata modificata dalla Legge del 6 marzo 1987. Si stabilisce come causa principale di divorzio la rottura della comunità spirituale e materiale tra i coniugi, che può essere confermata dal giudice sulla base dell'esistenza di alcune delle cause presenti nell'articolo 3 della Legge: 1. Condanna di privazione di libertà per determinati delitti gravi stabiliti dalla legge. 2. Tre anni di separazione legale o di fatto. 3. Quando il matrimonio non è stato consumato. 4. Quando il coniuge straniero ha annullato il matrimonio o ha celebrato un nuovo matrimonio all'estero. 5. Transessualità dell'altro coniuge. La verifica da parte del coniuge della presenza di una delle cause menzionate è necessaria nei casi di richiesta comune di divorzio, infatti il consenso dei coniugi non è sufficiente per ottenere il divorzio, per cui non si può parlare dell'esistenza, nell'ordinamento in questione, di un divorzio strettamente consensuale. Si veda P. RESCIGNO, *L'esperienza italiana: evoluzione recente*, in *Révision du droit du divorce: Expériences étrangères récentes*, Zurigo 1988, 53 e ss. Più di recente, M. FORTINO, *Diritto di Famiglia*, Milano 1997, 289 e ss.

³⁵ In materia di divorzio esiste una nuova Legge in Danimarca, il testo unico (LBK) num. 38 del 15 gennaio 2007 sulla celebrazione e la dissoluzione del matrimonio. In linea generale questa nuova Legge non contiene modifiche significative in materia di divorzio rispetto alle leggi precedenti, e in particolare alla Legge num. 256 del 14 giugno 1969.

Le cause di divorzio si trovano enumerate nel capitolo 4 della Legge, negli articoli 31-36. Tali cause sono: 1. Il trascorrere di un anno dalla separazione legale (art. 31.1). 2. Il trascorrere di sei mesi dalla separazione legale se il divorzio è di comune accordo (art. 31.2). 3. La sospensione della convivenza coniugale durante gli ultimi due anni (art. 32). 4. L'infedeltà coniugale non consentita (art. 33.1). Se l'infedeltà si verificò quando i coniugi erano già separati, non si potrà addurre come causa di divorzio (art. 33.2). La richiesta di divorzio dovrà essere presentata prima che siano trascorsi sei mesi da quando il coniuge che intenda addurre tale circostanza come causa di divorzio venne a conoscenza dell'infedeltà e, in ogni caso, prima che siano trascorsi due anni da quando si produsse l'infedeltà (art. 33.3). 5. L'uso della violenza nei confronti dell'altro coniuge o dei figli (art. 34). La richiesta di divorzio dovrà essere presentata prima che sia trascorso un anno da quando il coniuge che intenda addurre tale circostanza come causa di divorzio venne a conoscenza dell'atto violento e, in ogni caso, prima che siano trascorsi tre anni da quando questo si verificò (art. 34.2). 6. Bigamia (art. 35). 7. Sequestro internazionale di minori: si potrà richiedere il divorzio quando l'altro coniuge ha sottratto in maniera illecita un figlio del richiedente fuori dalla Danimarca o lo abbia trattenuto all'estero in maniera illecita (art. 36.1). La richiesta dovrà essere fatta nel momento in cui il minore sia trattenuto all'estero o prima che sia trascorso un anno dalla restituzione del minore (art. 36.2).

³⁶ La normativa sul divorzio in Norvegia si trova nel Marriage Act del 4 luglio 1991, n° 47, entrata in vigore il 1 gennaio 1993. Il divorzio può essere richiesto: 1. Dopo un anno dall'ottenimento della sentenza di separazione (sez. 21, ca 4). 2. Dopo due anni dalla separazione di fatto (sez. 22, ca 4). 3. In caso di tentato omicidio di un coniuge o dei figli o di grave maltrattamento (sez. 23, ca 4, riformato dalla Legge del 18 gennaio 2007.). 4. Quando il matrimonio sia stato contratto violando gli impedimenti di parentela e di vincolo (sez. 24, ca 4).

pevoli di divorzio occupano ogni volta uno spazio più ridotto; mentre in Austria³⁷, al contrario, l'adesione al sistema colpevolistico risulta più accentuato.

Diversamente, vi sono paesi nei quali si afferma il fallimento della vita coniugale quale unica causa di divorzio. In questi ordinamenti il matrimonio si concepisce come una comunità di sentimenti e di vita, e si constata l'inutilità di voler mantenere ufficialmente un matrimonio invece estinto sul piano personale o affettivo, a scapito di una nuova unione potenziale e, in ogni caso, della libertà individuale. Si concepisce pertanto come unica causa di divorzio il fallimento del matrimonio, senza considerare il motivo che lo ha originato o una possibile opposizione dell'altro coniuge.

È il caso dell'Olanda³⁸, dove l'unica causa di divorzio è il deterioramento definitivo del rapporto coniugale, della Svizzera³⁹(prima e dopo la riforma del 26 giugno 1998) o della Germania⁴⁰.

³⁷ In Austria, la Legge sul Matrimonio del 1978, riformata nel 1999 (Eherechtsänderungsgesetz), distingue tra: divorzio per inadempienza di un dovere matrimoniale, divorzio derivante dall'interruzione della convivenza coniugale per almeno tre anni e divorzio di comune accordo, la rottura irrimediabile del matrimonio, una precedente separazione di almeno sei mesi e un accordo sugli effetti del divorzio (custodia e mantenimento dei figli, diritto di visita, distribuzione dei beni comuni, alimenti tra coniugi).

³⁸ Dall'entrata in vigore della Legge del 6 maggio 1971, il 1° ottobre dello stesso anno, l'unica causa di divorzio è, come si è detto, la rottura definitiva del matrimonio (art. 01:151 Codice Civile olandese). Questa si presume di fronte a una richiesta congiunta di entrambi i coniugi (art. 01:154 CC.). In caso di richiesta unilaterale, il coniuge deve solamente addurre che il matrimonio è effettivamente rotto, e ciò dovrà essere provato in caso di opposizione dell'altro coniuge.

³⁹ Le norme relative al divorzio contenute nel Codice Civile svizzero (artt. 111 e ss.) contemplano come sua causa: 1. La richiesta congiunta di entrambi i coniugi (art. 111 C.C., modificato dalla Legge del 25 settembre 2009). 2. La richiesta di uno solo dei coniugi dopo due anni di vita separata (art. 114 C.C., modificato dalla Legge del 19 dicembre 2003) e 3. Richiesta di divorzio dopo che siano trascorsi questi due anni per motivi seri che non siano imputabili e che rendano insopportabile la continuazione della vita matrimoniale (art. 115 C.C., modificato dalla menzionata Legge del 2003).

⁴⁰ Come si è già indicato, nel 1977 in Germania si elimina la colpa come causa di divorzio ed è sostituita dalla causa generale di rottura del matrimonio. La rottura è accertata quando, una volta terminata la convivenza matrimoniale, non esistono aspettative di riconciliazione (§ 1565.1 BGB). Si presume nel caso in cui i coniugi abbiano vissuto separati per almeno un anno ed entrambi richiedano il divorzio o il coniuge convenuto lo consenta; tuttavia, se hanno vissuto separati per tre anni non si esige il consenso di entrambi (§ 1566 BGB). Come eccezione, si permette ottenere il divorzio dopo un anno di separazione, su richiesta di uno dei coniugi, quando non risulta ragionevole obbligare il richiedente a rimanere all'interno del matrimonio e le cause addotte sono connesse con

E più recentemente Belgio⁴¹e Portogallo⁴².

Potremmo includere in questo gruppo, seppur con alcune riserve per le peculiarità del loro sistema divorzista, anche paesi come la Grecia⁴³ o l'Inghilterra⁴⁴, poiché, sebbene in questi ordinamenti l'unica causa di di-

il comportamento personale del convenuto (§1565.2 BGB). Occorre sottolineare che si può rifiutare il divorzio quando la sussistenza del matrimonio risulti eccezionalmente necessaria per ragione di speciale interesse per i figli minorenni o quando il divorzio può sopporre un carico economico eccessivo per il coniuge che si opponga (§1568 BGB). Si veda W. MÜLLER-FREIENFELS, *The Marriage Law reform of 1976 in the Federal Republic of Germany*, cit. 184 e ss.; A. APARICIO HACKETT, *El divorcio en Alemania*, in *Revista de Derecho de Familia*, 8/ 2000, 290 e ss.

⁴¹ La recente Legge di riforma del divorzio del 27 aprile del 2007 stabilisce che il divorzio sarà decretato dal giudice quando questi verifichi il dissidio irrimediabile degli sposi, in relazione al quale si accettano tutti i mezzi di prova ammissibili dal diritto. È disposto che la richiesta sia presentata da entrambi i coniugi dopo 6 mesi di separazione di fatto o da parte di un solo coniuge dopo un anno di separazione di fatto (art. 229 del Codice Civile). I coniugi possono divorziare anche di comune accordo secondo i requisiti fissati nel *Code judiciaire* (art. 230 CC).

⁴² Il Codice Civile portoghese contempla un divorzio di comune accordo, che può formalizzarsi davanti al Registro Civile, quando i coniugi hanno raggiunto un accordo sulle conseguenze dello stesso (art. 1775 CC). Inoltre, chiunque dei coniugi può richiedere il divorzio, adducendo i seguenti fatti: 1. Separazione di fatto per un anno consecutivo. 2. Alterazione delle facoltà mentali dell'altro coniuge, quando questa duri più di un anno e, per la sua gravità, comprometta le possibilità della vita in comune. 3. Assenza, senza notizie dell'assente per più di un anno. 4. Qualsiasi altro fatto che, indipendentemente dalla colpa dei coniugi, dimostri il fallimento definitivo del matrimonio (art. 1781, riformato dalla Legge num. 61/2008, del 31 ottobre).

⁴³ In Grecia, le norme di divorzio furono riviste sulla base della riforma del diritto di famiglia del 1983 (Legge num. 1329 del 15/18 febbraio 1983). Si stabiliscono un divorzio di comune accordo e un divorzio consensuale o litigioso. In contrasto con la già superata concezione del divorzio come sanzione al comportamento del coniuge colpevole, attualmente è considerato come rimedio disponibile per entrambi i coniugi quando il matrimonio è irrimediabilmente e definitivamente rotto. Se i coniugi sono d'accordo nel divorziare, devono presentare una richiesta congiunta, nel qual caso si richiede che siano stati sposati per almeno un anno prima della presentazione della richiesta. Dopo una prima comparizione, i coniugi dovranno tornare in tribunale una volta trascorsi sei mesi per confermare la loro richiesta. Questo periodo di sei mesi è considerato come un periodo di riflessione (art. 1441 C.C.). Nel divorzio non consensuale, la causa dell'irrimediabile rottura del matrimonio può essere dimostrata adducendo il comportamento inadeguato del convenuto o di entrambi gli sposi. Si presume la rottura del matrimonio anche dopo due anni di separazione (Riforma di ottobre del 2002). Infine, in caso di dichiarazione legale di assenza, il coniuge ha diritto a richiedere il divorzio (art. 1440 C.C.). Si veda J. DELIYANNIS, *Les grandes lignes de la réforme du droit de la famille hellénique*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, vol. 38, n° 3.

⁴⁴ In Inghilterra e Galles, la legislazione sul divorzio si trova nella Legge del divorzio (Matrimonial Causes Act) del 1979. Occorre tenere in considerazione anche la Family

vorzio sia l'irrimediabile o definitiva rottura del matrimonio, il tribunale riterrà sussistente l'esistenza di tale circostanza solamente nel caso in cui i coniugi dimostrino uno dei seguenti fatti: l'aver l'altro coniuge posto in essere certi comportamenti riprovevoli o l'essere trascorsi periodi di separazione più o meno lunghi.

Come si può ben vedere, i sistemi che contemplan come causa di divorzio la definitiva rottura della vita coniugale trascinano con sé il problema della prova del fallimento del matrimonio, che è senza dubbio più complessa della semplice dimostrazione dell'atteggiamento o comportamento colpevole di un coniuge nel vecchio sistema di divorzio sanzionatorio. I paesi europei che ammettono il divorzio-rimedio esigono, almeno teoricamente, elementi di prova sia oggettivi sia soggettivi, che sono più o meno severi a seconda del fatto che entrambi i coniugi vogliono il divorzio o sia solo uno di loro a desiderarlo con l'opposizione dell'altro.

Per quanto riguarda il divorzio di comune accordo, praticamente tutti i paesi europei ammettono che i coniugi richiedano di comune accordo il divorzio, condizionato, nella maggioranza dei casi, al decorso di periodi di tempo che possono variare a seconda dei diversi ordinamenti: tre mesi in Spagna, sei mesi in Austria, Belgio e Danimarca; un anno in Germania e Grecia; due anni in Inghilterra, Galles e Lussemburgo; tre anni in Italia e fino a quattro anni in Irlanda⁴⁵.

Infine, troviamo i paesi nei quali è sufficiente la semplice volontà di uno o di entrambi gli sposi per ottenere il divorzio, senza che si debba addurre alcuna causa, cui aggiungere un periodo di riflessione, che può non essere necessario in funzione delle circostanze. Questo sistema di di-

Law Act del 1996, da completarsi con la Divorce (Religious Marriages) Act del 2000, del 2002 e del 2003. L'unica causa di divorzio è l'irrimediabile rottura del matrimonio, ma il tribunale considererà la sua esistenza solamente quando i coniugi dimostrino uno dei seguenti fatti: 1. Adulterio; il convenuto ha commesso adulterio e il richiedente considera intollerabile la convivenza. 2. Condotta irrazionale e inaccettabile del convenuto. 3. Abbandono di due anni da parte del convenuto. 4. Separazione di fatto di due anni e consenso di entrambi per il divorzio. 5. Cinque anni di separazione di fatto. Inoltre, occorre sottolineare il fatto che la richiesta di divorzio non potrà essere presentata prima di un anno dalla celebrazione del matrimonio. Sulla riforma originaria, si veda B. HOGGETT, *The British experience*, in *Révision du droit du divorce...*, cit., 19 e ss. Più recentemente, A. APARICIO HACKETT, *El divorcio en Gran Bretaña*, in *Revista de Derecho de Familia*, 2/1999, 245 e ss.; K. STANDLEY, *Family Law*, 3^a ed., Palgrave, 2001, 130 e ss.

⁴⁵ Irish Family Law (Divorce) Act 1996.

vorzio senza causa è proprio della Svezia⁴⁶ e della Finlandia⁴⁷, e, dal 2005, anche della Spagna.

Da quanto esposto, si deduce che alla disciplina del divorzio in Europa manca un'auspicabile omogeneità, e ciò è evidente nelle diverse cause di divorzio, nei diversi periodi di tempo che è necessario siano trascorsi prima della presentazione della richiesta o la maggiore o minore rilevanza che si concede all'autonomia della volontà dei coniugi. Tuttavia, esistono due fenomeni che si sono imposti in modo generalizzato. In primo luogo, l'introduzione progressiva di un'unica causa di scioglimento del matrimonio che tende a sostituire da sola i diversi presupposti eterogenei sui quali tradizionalmente si fondava la richiesta; ci riferiamo all'irrimediabile fallimento del matrimonio, il che in ultima analisi significa concedere un ampio margine di libertà per divorziare, sia di comune accordo, sia di forma unilaterale: un'unica causa di divorzio che sostituisce i sistemi precedenti nei quali il matrimonio non poteva essere sciolto se non in casi eccezionali, generalmente colpevoli, dietro richiesta del coniuge innocente. In secondo luogo, si constata una presenza sempre crescente del divorzio senza causa, quale massima dimostrazione dell'autonomia personale, che muove da una concezione del matrimonio molto diversa da quella tradizionale, secondo la quale i coniugi non ammettono più una regolamentazione della loro vita affettiva che non sia quella dei propri sentimenti e della propria volontà. Una tendenza che non solo si è già manifestata in alcuni paesi come Svezia, Finlandia o Spagna, ma che si presenta come il passo successivo da seguire nel sistema evolutivo del divorzio in molti degli ordinamenti qui presi in considerazione.

⁴⁶ In Svezia, le norme che regolano il divorzio si trovano nel Marriage Code del 1987, anche se, come abbiamo detto, le cause di divorzio furono formulate nel 1973. In questo modo si considera il matrimonio come la unione volontaria di due persone, cosicché la legislazione permette di terminare la relazione a coloro che non desiderano continuare ad essere sposati. Non esistono cause di divorzio anche se in alcuni casi si esige un periodo di riflessione: quando uno dei coniugi ha la custodia di un figlio minore di 16 anni (sezione I, capitolo 5) o quando uno dei coniugi si oppone al divorzio (sezione II, capitolo 5). Al contrario, non si esige nessun periodo di riflessione quando i due coniugi si accordano chiedendo il divorzio o quando hanno vissuto separati per due anni consecutivi (sezione IV capitolo 5). D'ufficio, il Giudice può disporre il divorzio nei casi di divieto del vincolo o di parentela (sezione 5 capitolo 5).

⁴⁷ Nel Diritto finlandese non si esige nessuna causa di divorzio (Marriage Act del 13 di giugno del 1929, n° 234, riformata per l'Act 1226/2001), anche se è usuale un periodo di riflessione di sei mesi (sezione 25 (1) e sezione 26, capitolo 6). In alcuni casi non si richiede questo periodo. Uno dei casi si produce quando i coniugi hanno vissuto separati per un periodo di due anni consecutivi (sezione 25 (2), ca 6). Sulla stessa linea, in caso di matrimonio contratto sotto divieto di vincolo e di parentela (sezione. 27, ca 6).

IV.

IL DIVORZIO SENZA CAUSA IN SPAGNA

1. *La riforma del 2005. Presentazione della Legge*

Dopo quanto detto finora, non vi è dubbio che la riforma delle norme regolatrici del divorzio che ha avuto luogo in Spagna con l'approvazione della Legge dell'8 luglio 2005 implica un profondo cambiamento dell'istituto, che l'avvicina alle legislazioni europee più progressiste in materia.

In effetti, con l'entrata in vigore della Legge 15/2005, dell'8 luglio, con la quale si modificano il Codice Civile e la Legge relativa al processo civile in materia di separazione e divorzio (Boletín Oficial del Estado [Gazzetta Ufficiale] n° 163, del 9 luglio 2005)⁴⁸, tra gli altri effetti scom-

⁴⁸ Sui distinti aspetti di questa Legge hanno scritto, poco dopo la sua entrata in vigore, tra gli altri, V. GUILARTE GUTIERREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, 2005; C. LASARTE, *Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 655, 10 e ss., M. LINACERO DE LA FUENTE, *Leyes de Familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio*, in RDP, 3-4/2006, 33 e ss.; J.F. LÓPEZ AGUILAR, *Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, n° 655, 1 e ss.; A. LÓPEZ TENA, *Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, n° 655, 8 e ss.; L. MARTÍN CONTRERAS, *Aspectos procesales de la reforma del Código Civil que se acerca*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, n° 655, 12 e ss.; A.A. PEREZ UREÑA, *La pensión compensatoria a la luz de la Ley 15/2005 de modificación del código Civil*, in *Revista de derecho de familia*, 28/2005, 65 e ss.; L. PRATS ALBENTOSA, *Bases de la nueva regulación del Derecho matrimonial español*, in *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, cit., 13 e ss.; A.L. REBOLLEDO VARELA, *La compensación económica del art. 97 CC en la Ley 15/2005, de 8 de julio*, in *Aranzadi Civil*, n° 20/2006, 15 e ss.; C. ROGEL VIDE, *En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados. Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio*, in *Revista generale de legislación y jurisprudencia* n° 1/2005, 73 e ss.; J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos (A propósito de la reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio)*, in *Aranzadi Civil*, n° /2005; M.P. SANCHEZ GONZÁLEZ, *Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)*, in *Revista jurídica del notariado*, n° 57/2006, 233 e ss.; E. SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil...*, cit., 1 e ss.; F. VEGA SALA, *La reforma de la separación i el divorci (Comentari a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio"* cit., 41 e ss.; J.R. VERDA Y BEAMONTE (a cura di), *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson Aranzadi, 2005.

pare nel nostro ordinamento giuridico la necessità di addurre una causa per ottenere il divorzio, di modo che la mera volontà dei coniugi, di entrambi o anche di uno solo di loro, è sufficiente per lo scioglimento del vincolo coniugale, senza che neppure si esiga un periodo previo di separazione.

Come afferma Pastor Vita⁴⁹, con la menzionata riforma il legislatore opta per una concezione di matrimonio di natura negoziale o contrattuale, ove è centrale il principio di autonomia della volontà dei coniugi come ultima espressione dei principi più generali di libertà e di libero sviluppo della personalità affermati nella Costituzione⁵⁰. In questo modo, la eliminazione delle cause di divorzio non obbedisce a una snaturalizzazione dell'istituto, ma a una concezione diversa dello stesso, più concorde con i dettami costituzionali e in linea con l'evoluzione che si è prodotta in altri paesi europei, come i già menzionati Svezia e Finlandia.

Nella *exposición de motivos* della legge in esame, del resto, il legislatore giustifica la necessità della modifica legislativa con le seguenti parole:

“La Riforma che si realizza vuole che la libertà, come valore superiore del nostro ordinamento giuridico, abbia il suo riflesso più adeguato nel matrimonio. Il riconoscimento nella Costituzione di questa istituzione giuridica possiede un'importanza innegabile, in quanto contribuisce all'ordine politico e alla pace sociale, ed è la strada attraverso la quale i cittadini possono sviluppare la loro personalità. A tale proposito, si ritiene che il rispetto del libero sviluppo della personalità, garantito dall'articolo 10.1 della Costituzione, giustifica il riconoscimento di maggiore importanza data alla volontà della persona quando non desidera più vivere con il coniuge. Così, l'esercizio del diritto a non restare sposato non può dipendere dalla dimostrazione della presenza di alcuna causa, perché la causa determinante non è altro che la fine di tale volontà espressa nella sua richiesta, né, certamente, di una situazione di separazione previa e ineludibile”.

⁴⁹ F.J. PASTOR VITA, *Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*, cit., 32 e ss.

⁵⁰ Sul principio del libero sviluppo della personalità in relazione con la riforma operata dalle Leggi dell'1 e 8 luglio 2005, si veda J.R. VERDA Y BEAMONTE, *El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, cit., 29 e ss.

È pertanto previsto che si decreti giudizialmente il divorzio, quale che sia la forma di celebrazione del matrimonio, nel caso in cui si verificano i seguenti requisiti:

- in caso di richiesta di entrambi i coniugi o di uno con il consenso dell'altro, si richiede che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio, e che si presenti una proposta di accordo regolatore degli effetti del divorzio redatta secondo quanto previsto dall'art. 90 C.C.;

- quando il divorzio è richiesto da uno solo dei coniugi, si richiede unicamente che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio. Non sarà necessario che sia trascorso tale termine perché sia possibile presentare la richiesta quando si dimostri l'esistenza di un rischio per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'integrità morale o la libertà sessuale del coniuge richiedente o dei figli di entrambi o di chiunque sia membro del matrimonio. Alla richiesta si accompagnerà una proposta relativa alle misure che devono regolare gli effetti derivanti dallo scioglimento del matrimonio (artt. 81 e 86 CC).

In tal modo, la Legge 15/2005 ammette non solo il divorzio di comune accordo, ma anche il divorzio per volontà di uno solo dei coniugi, con l'unico requisito che siano trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio e fatte salve le segnalate eccezioni.

È innegabile che il cambiamento nella disciplina del divorzio dal punto di vista teorico è di grande importanza, considerando che presuppone una concezione di matrimonio molto lontana da quello che servì da base al legislatore del 1981. Tuttavia, come sostiene Carrión Olmos⁵¹, al contrario di quanto avvenuto nel 1981, la nota caratteristica del dibattito politico originato dalla nuova legge è stato l'ampio consenso riguardo all'elemento sostanziale della riforma, testimonianza più che probabile del sentimento della società spagnola rispetto al significato del matrimonio e al ruolo svolto dall'autonomia della volontà dei coniugi riguardo allo scioglimento del vincolo coniugale.

Già durante il dibattito nella Commissione di Giustizia della Camera dei Deputati fu evidente l'opinione favorevole di tutti i gruppi dell'Assemblea circa l'idea ispiratrice del Progetto di legge presentato dal Governo⁵². È chiaro che l'adesione dei diversi Gruppi parlamentari alla ri-

⁵¹ S. CARRIÓN OLMOS, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, in *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, cit., 166.

⁵² Diario delle sessioni della Camera dei Deputati. Commissione di Giustizia, n° 242, 6 aprile 2005.

forma proposta dal Governo non fu esente da sfumature e interpretazioni diverse. In tal senso, occorre segnalare che durante l'*iter* parlamentare della Legge, il Gruppo Parlamentare Catalano e il Gruppo Parlamentare Popolare si opposero alla eliminazione assoluta delle cause di separazione e di divorzio. Il primo presentò un emendamento nel quale si proponeva l'introduzione di due cause generiche per la separazione contenziosa: la violazione dei doveri coniugali e/o dei doveri nei confronti dei figli di qualunque dei coniugi che abitano nel domicilio familiare; la volontà unilaterale di terminare la convivenza a causa della rottura del necessario affetto maritale perché la si potesse proseguire⁵³.

Il Gruppo Parlamentare Popolare propose come cause di separazione e divorzio non consensuale: qualsiasi situazione che implichi la rottura della convivenza familiare tale che la sua continuazione sarebbe dannosa per uno dei coniugi o per i loro figli; qualsiasi violazione grave e reiterata dei doveri nei confronti dei figli comuni o di uno dei coniugi che conviva nel domicilio familiare⁵⁴. Inoltre, tale proposta prevedeva che, in presenza di figli minorenni, il coniuge richiedente accompagnasse la domanda con una serie di documenti che dimostrassero di aver provveduto alla mediazione familiare, fatta eccezione per i casi di violenza fisica o psicologica a danno del richiedente o dei figli che convivono con entrambi⁵⁵.

Tuttavia, tanto questi quanto il resto degli emendamenti presentati dai diversi gruppi parlamentari si riferivano a questioni tecniche o ad aspetti molto concreti della riforma (mantenimento di alcune cause generali di divorzio, custodia condivisa, termini per la presentazione della richiesta, fondo di garanzia per gli alimenti, mediazione familiare), e non all'aspetto basilare o essenziale della stessa, che è un'idea di matrimonio molto diversa da quella vigente agli albori della democrazia⁵⁶. Non si dubita più del ruolo essenziale che deve svolgere l'autonomia della volontà dei coniugi nella regolazione della convivenza e si proclama la libertà personale come il pilastro che deve sostenere qualsiasi soluzione si offra alla situazione di crisi coniugale.

⁵³ Emendamento n° 61. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 marzo 2005, n° 16-8.

⁵⁴ Emendamento n° 76, 77 e 78. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 marzo 2005, n° 16-8.

⁵⁵ In senso analogo, si veda Emendamento n° 55 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 marzo 2005, n° 16-8.

⁵⁶ S. CARRIÓN OLMOS, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, cit., 168.

Come si può ben vedere, autonomia e libertà dei coniugi costituiscono i principi basilari di questa nuova disciplina del divorzio, principi che nessun gruppo parlamentare ha messo in discussione nell'ambito delle diverse posizioni su temi concreti⁵⁷.

Tuttavia, nel dibattito del Progetto di Legge al Senato persistettero le voci discordanti. Tanto il Gruppo Parlamentare di *Convergencia i Unió* quanto il Gruppo Parlamentare Popolare mantennero i loro emendamenti orientati a mantenere un sistema causale di separazione e di divorzio, che tuttavia furono respinti⁵⁸. Restituito il progetto alla Camera dei Deputati, sarà definitivamente evidente il principio ispiratore della riforma: concedere maggior protagonismo alla volontà dei coniugi e superare la nozione causale e in parte colpevolistica di divorzio caratteristica della legislazione del 1981⁵⁹.

2. Riflessioni sulla riforma del divorzio in Spagna. La funzione del consenso

A questo punto, non vi è dubbio che l'epicentro delle modifiche legislative introdotte dalla legge di riforma del divorzio del 2005 è costituito dal ruolo predominante concesso al consenso dei coniugi orientato allo scioglimento del vincolo matrimoniale. Si afferma così nel nostro ordinamento il cosiddetto *divorzio per volontà unilaterale di uno solo dei coniugi*, e si giunge così all'ultimo gradino nell'evoluzione del divorzio dal punto di vista teorico.

Un'evoluzione che, seppure in altra misura, si è prodotta anche in Europa, dove le legislazioni sono sempre più inclini a concedere un maggior protagonismo alla volontà dei coniugi. Come afferma Jean-François Perrin, questa evoluzione generale delle disposizioni sul divorzio in Europa è rivelatrice di una modifica profonda delle strategie dello Stato in materia di controllo del divorzio. La vera e propria permissività che deriva da legislazioni tanto diverse come quella inglese, che contempla un'unica causa di divorzio – la rottura del matrimonio (*breakdown of*

⁵⁷ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados [Diario delle sessioni della Camera dei Deputati], n° 84, 21 aprile 2005.

⁵⁸ Diario de sesiones del Senado [Diario di sessioni del Senato], sessione plenaria del 22 giugno 2005.

⁵⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados [Diario di sessioni della Camera dei Deputati], n° 102, 29 giugno 2005.

marriage) – e quella francese, che contiene una molteplicità di cause, mette in evidenza come sia possibile effettivamente intravedere uno spirito comune nel modo di attenuare il controllo statale rispetto all'autonomia dei cittadini nell'ambito familiare⁶⁰.

Quel che risulta chiaro è che la modifica della regolazione del divorzio si deve a una concezione diversa del matrimonio, nella quale perde credibilità il criterio di stabilità e si rafforza l'autonomia dei coniugi quale massima espressione dei diritti costituzionali della libertà personale e del rispetto del libero sviluppo della personalità. Il matrimonio non è più un'istituzione da salvaguardare al di là degli interessi degli sposi, ma un ambito di realizzazione personale in cui si manifesta la loro libertà. Il cambiamento è decisamente maggiore dal punto di vista qualitativo che quantitativo. Questioni fondamentali come la stabilità nella relazione matrimoniale, la funzione del consenso, la causa dell'atto negoziale, l'insieme di diritti e doveri coniugali e persino la stessa natura giuridica dell'unione sembra debbano essere sottoposti a revisione⁶¹.

Tuttavia, la libertà di sciogliere il matrimonio non significa che si attenuino le misure di protezione dei figli minorenni o del coniuge che rimane nella situazione più sfavorevole. Come sostiene Perrin⁶², il divorzio non solo mette fine al matrimonio ma, verificatosi il fallimento, l'obiettivo da raggiungere deve essere quello di garantire i diritti dei coniugi

⁶⁰ In J.COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, J.F. PERRIN E L. ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., 221.

⁶¹ S. CARRIÓN OLMOS, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, cit., 174. Per alcuni autori, con la riforma si rafforza il carattere contrattuale del matrimonio. F.J. PASTOR VITA lo concepisce come un contratto societario di natura chiaramente fiduciaria, in modo tale che tra i coniugi si instaura una relazione basata sulla fiducia e questa relazione *intuitu personae* dura finché la volontà di uno dei coniugi non decida di porvi fine (*Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*, cit., 34). Secondo il parere di F. VEGA SALA, la nuova disciplina del divorzio rende difficile che si possa continuare a considerare il matrimonio come un'istituzione di ordine pubblico, avvicinandolo a un'istituzione regolata dal principio dispositivo (*La reforma de la separación i el divorc. Comentari a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, cit., 41 e ss.).

⁶² L'autore parla di un insieme di liberalismi a livello di cause e di una maggior severità a livello di conseguenze, specialmente per quanto riguarda gli effetti economici; non si pretende prevenire o evitare la rottura, ma intervenire con l'obiettivo di garantire i diritti delle persone coinvolte: coniugi e figli minorenni (J.F. PERRIN, *Tendance des changements législatifs en matière de divorce en Europe occidentale*, in J.COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, J.F. PERRIN E L. ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., 218-219).

nella rottura ed effettuare un controllo sui suoi effetti. Si tratta di considerare un nuovo contenuto della normativa che disciplina il divorzio, che si traduce nel riconoscimento formale dello scioglimento del vincolo matrimoniale e nel regolare le sue conseguenze giuridiche ed economiche. In tal modo, l'organo giurisdizionale assume un ruolo determinante nella protezione dei diritti dei più deboli nell'ambito familiare, o per la loro mancanza di capacità, come nel caso dei minori, o per le situazioni sociali ed economiche nelle quali si trovano a vivere.

In tal senso, è rilevante fare notare come in Europa si stia facendo strada la cosiddetta dottrina del "*Clean Break*", la cui finalità è quella di risolvere definitivamente la questione economica tra gli sposi nel momento in cui si stabilisce il divorzio⁶³. In tal modo, o per mano del legislatore, o per via giurisprudenziale, si individua un periodo di tempo determinato entro il quale sussiste una situazione di dipendenza economica di un coniuge rispetto all'altro una volta estinto il vincolo matrimoniale. Si vuole così giungere a un equilibrio nella protezione degli interessi della famiglia estinta e della futura – nei casi in cui si contraggono nuove nozze – e, in definitiva, legare il principio di libertà personale con quello di responsabilità individuale. Una realtà che in certa forma va collegata allo Stato sociale, nella misura in cui questo può farsi carico della assistenza necessaria a chi subisce maggiormente gli svantaggi della rottura.

Tuttavia, è forse possibile fare un ulteriore passo avanti in questo nuovo regime giuridico del divorzio al quale facciamo riferimento. In alcuni ambiti da tempo ci si comincia a interrogare fino a che punto sia necessario un provvedimento giurisdizionale per ottenere il divorzio e ci si chiede se sia possibile designare un altro organo competente in materia. La questione sembra non dare adito a dubbi nei casi di divorzio litigioso, nei quali il dissenso degli interessati richiede l'intervento dell'Autorità Giurisdizionale, così come succede per altre questioni di diritto di famiglia (art. 70 C.C., sul domicilio coniugale; art. 156 C.C., sull'esercizio della patria potestà; art. 157 CC., per i casi di minore non emancipato; art. 159 C.C., sulla custodia dei figli in caso di separazione dei genitori, etc.). Ma il problema sembra essere molto diverso nei casi di divorzio consensuale.

⁶³ Una questione che in una certa forma si è fatta sentire anche in Spagna con la riforma dell'art. 97 C.C. tramite la Legge dell'8 luglio 2005, con la quale si permette il pagamento dell'assegno di mantenimento tramite un'unica prestazione. Sulla teoria del *Clean Break*, si veda M.T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, cit., 94 e ss.

In tale direzione si sono fatte largo alcune voci⁶⁴ che propongono soluzioni alternative all'intervento giurisdizionale obbligatorio e che sono inclini a concedere ad altre istanze pubbliche la funzione di verificare l'effettiva volontà dei coniugi di voler divorziare e di effettuare il controllo necessario sulla legalità degli accordi da loro raggiunti.

È vero che nel diritto comparato la maggior parte dei paesi si orienta verso un divorzio decretato giurisdizionalmente, ma troviamo anche casi nei quali la concessione del divorzio e il controllo circa i suoi effetti sono svolti da organi amministrativi. È il caso del Portogallo⁶⁵, dove la separazione e il divorzio di comune accordo possono essere decretati dall'ufficiale incaricato del Registro Civile, sempre che i coniugi non abbiano figli minorenni a carico o che l'esercizio della patria potestà sia già stato regolamentato per via giurisdizionale (Decreto Legge num. 163, del 13 luglio 1995, in vigore dal 15 settembre del 1995). Allo stesso modo, paesi come Danimarca o Norvegia permettono ai coniugi di richiedere il divorzio consensuale di fronte all'autorità amministrativa⁶⁶. E in America Latina sono molti i paesi che hanno deciso di regolare il divorzio notarile (Cuba, Messico, Colombia, Ecuador, Brasile, Perù)⁶⁷.

Si tratterebbe pertanto di auspicare l'instaurazione di un divorzio di tipo amministrativo, nel quale un funzionario incaricato del Registro Civile o il notaio si limita a constatare la volontà dei coniugi di sciogliere il vincolo matrimoniale, nei casi in cui entrambi siano d'accordo e ove esista il consenso sugli effetti del divorzio, rimanendo più discutibile tale possibilità nel caso vi siano figli minori a loro carico. Una questione che non è ancora stata risolta in Spagna e che, in ogni caso, non può essere svincolata dalla componente economica, specialmente nell'epoca di crisi che stiamo vivendo.

⁶⁴ P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, *Separación y divorcio consensual*, in *La reforma de la justicia preventiva*, 2004, 389 e ss., specialmente 424 e ss.; M. GARRIDO MELERO, *Derecho de familia y principio de libertad civil: desjudicialización y control notarial*, in *Jornadas sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja. Libro homenaje a la memoria de Luis Enrique Barberá Soriano*, 1998, 298 e ss.; J. NAVARRO VIÑUALES, *La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia*, in *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, cit., 253 e ss., specialmente 286-290.

⁶⁵ PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da família*, Vol. I, 2ª ed., Coimbra 2001, 153; H. EWALD HÖSTER, *Evoluções legislativas no Direito da família depois da reforma de 1977*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da família e das sucessões*, cit., 59 ss..

⁶⁶ M.T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, cit., 79 e ss.

⁶⁷ L. B. PÉREZ GALLARDO, *Un «fantasma» recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial*, in *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009, 329 e ss.

ATTUALITÀ

*Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso**

Marco Ruotolo

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I dati relativi ai detenuti stranieri e le cause del sovraffollamento della popolazione carceraria – 3. Cosa (non) si è fatto per contenere l'incremento della popolazione detenuta straniera – 4. Alcune indicazioni giurisprudenziali. Le ripetute dichiarazioni di incostituzionalità di norme contenute nei pacchetti sicurezza – 5. Sovraffollamento e trattamento dei detenuti stranieri. Quale destino per il principio della rieducazione? – 6. L'ottimismo della volontà, il pessimismo della ragione.

1. *Premessa.* – La questione relativa alle forme di privazione della libertà personale degli immigrati, e specificamente dei c.d. clandestini¹, è più ampia di quella oggetto delle brevi riflessioni qui proposte. Essa comprenderebbe, infatti, anche il tema del trattenimento nei Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE), estendendo, oltre il carcere, i confini di quell'“universo chiuso” che richiama alla mente l'universo concentrazionario di Rousset, l'ossimoro della vita morta che ne identifica la struttura ultima².

Nel nostro caso l'universo chiuso ove dovrebbero esercitarsi diritti e regole non è, dunque, solo il carcere ma la “galera”, comprendendo anche i CIE³, ove,

* Il presente lavoro trae spunto dalla mia relazione su “Diritti e regole in un universo chiuso”, svolta presso l'Università di Teramo il 26 ottobre 2012 nell'ambito del Convegno “Immigrazione e realtà carceraria. Prevenzione, diritti, rieducazione”. In ragione della destinazione del contributo alla sezione “Attualità” della *Rivista*, ho contenuto l'apparato delle note, limitando, per lo più, i riferimenti bibliografici ad opere i cui passi siano stati puntualmente citati nel testo.

¹ Si dovrebbe distinguere tra “clandestini” – coloro che entrano in Italia illegalmente, senza alcun permesso – e “irregolari” – coloro che pur entrati legalmente in Italia vi permangono nonostante la scadenza del permesso di soggiorno –.

² D. ROUSSET, *L'universo concentrazionario* (1965), tr. it. a cura di L. Lamberti, Milano 1997.

³ Prima denominati “Centri di permanenza temporanea ed assistenza”. L'attuale denominazione è stata introdotta con il d.l. n. 92 del 2008, che li qualifica come strutture destinate al trattenimento, convalidato dal giudice di pace, di stranieri extracomunitari irregolari destinati all'espulsione. Originariamente il termine massimo di permanenza era fissato a sei mesi, attualmente, come riportato di seguito nel testo, è stato prorogato a 18 mesi (d.l. n. 89 del 2011 conv. in legge n. 129 del 2011). Al momento i centri operativi sono 13.

fuori dalle “*garanzie proprie del diritto, del processo e dell’esecuzione penale*”, sono detenuti in via esclusiva stranieri⁴. Si parla di “detenzione amministrativa”, ma sarebbe più corretto parlare di “galera amministrativa”⁵, applicata allo straniero ove non sia possibile procedere all’espulsione, non solo, come già previsto dal d.lgs. 286 del 1998 (testo unico sull’immigrazione, d’ora in poi t.u. immigrazione), per necessità di soccorso, accertamenti di identità o nazionalità, acquisizione di documenti per il viaggio, verifica della disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, ma anche per “situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento” (v. art. 3 del d.l. n. 89 del 2011, conv. in legge n. 129 del 2011, che ha modificato sul punto l’art. 14 t.u. immigrazione). Qualora l’accertamento dell’identità e della nazionalità ovvero l’acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice di pace, su richiesta del questore, può prorogare il termine di permanenza nel centro fino ad un massimo di 18 mesi⁶.

I diritti e le regole che faticano ad imporsi nel carcere sembrano stare fuori, rimanere sulla soglia della galera amministrativa⁷. Ma, per le ragioni che cercherò di esporre, faticano ad entrare anche nel carcere, specie quando i destinatari di quelle regole e i soggetti di quei diritti sono gli stranieri. Limiti e ostacoli ulteriori si pongono, infatti, rispetto al progetto di realizzazione di un trattamento rieducativo, di un percorso di reinserimento sociale, al punto che la stessa rieducazione, costituzionalmente definita come finalità della pena, appare per molti aspetti assumere, nelle scelte legislative e pure in alcune soluzioni giurisprudenziali, connotati esclusivamente nazionalistici.

Orienterò il mio lavoro soltanto verso questo limitato ambito, cercando di

⁴ Così G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 maggio 2012, 4. Analoghi rilievi già in L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino 2009, 80, e in E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 40 ss., il quale rileva che, “al riparo da occhi indiscreti – il Ministero dell’Interno vieta infatti ai giornalisti l’accesso ai centri nei CIE ... – si consumano violazioni di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: *in primis*, il diritto alla libertà personale, il diritto alla dignità della persona e il diritto di difesa”.

⁵ L’espressione è stata utilizzata dal senatore Carofiglio nel corso della discussione parlamentare tenuta in occasione dell’approvazione di uno dei provvedimenti del c.d. pacchetto sicurezza: v. resoconto stenografico della seduta n. 90 del 12 novembre 2008 del Senato della Repubblica.

⁶ Per una ricostruzione dell’evoluzione della disciplina riguardante gli stranieri extra-comunitari, comprensiva delle essenziali indicazioni giurisprudenziali, v. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III edizione, Torino 2011, 284 ss., il quale mette in evidenza come le ultime novità (specie quelle introdotte con il d.l. n. 89/2011) non abbiano attenuato i numerosi dubbi di costituzionalità che per molti aspetti la normativa in materia presenta. Più ampiamente, da ultimo, F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, Milano 2012, specie 183 ss.

⁷ Giuliano Amato ha definito i CIE come una “sorta di carcere per reietti nel quale non valgono le garanzie del carcere” (intervista a Giuliano Amato del 9 giugno 2012, in <http://inchieste.repubblica.it>).

illustrare i motivi per i quali i principi costituzionali stentano a trovare attuazione rispetto alla particolare posizione del detenuto straniero o meglio dell'immigrato recluso in carcere.

2. *I dati relativi ai detenuti stranieri e le cause dell'incremento della popolazione carceraria.* – Non si può che partire dai dati. Nel resoconto aggiornato dello stato del sistema penitenziario, messo a disposizione dal Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) il 19 settembre 2012, v'è un paragrafo dedicato ai detenuti stranieri, che costituiscono il 36% della popolazione detenuta e provengono da 149 Paesi diversi. Al 31 luglio 2012 su 66009 detenuti, 23773 erano stranieri; di questi 12855 condannati in via definitiva, 10427 non definitivi⁸. Quest'ultimo dato può essere ulteriormente scorporato: 5184 in attesa di primo giudizio, 2156 appellanti e 281 ricorrenti. A questi si aggiungano 176 internati. Gli ultimi dati DAP del 30 settembre 2012 confermano più o meno quelli appena riferiti, con un incremento di circa 100 detenuti stranieri. Tra gli europei prevalgono i rumeni (15,3%) e gli albanesi (11,9%); tra gli extracomunitari i marocchini (19,4%) e i tunisini (12,7%).

Nella relazione del DAP si rileva che i dati numerici di incremento della popolazione detenuta negli ultimi quindici anni, rapportati alla crescita degli stranieri detenuti, porta alla seguente conclusione: la crescita assoluta della popolazione detenuta corrisponde in larga parte (circa il 50%) all'incremento della presenza di stranieri nelle carceri.

Di estremo interesse è poi il dato relativo alla permanenza in carcere degli stranieri: a fronte di 15812 ingressi tra gennaio e agosto 2012, si rileva che ben 2944 persone hanno lasciato il carcere entro 3 giorni, evidentemente all'esito di giudizio direttissimo⁹.

La situazione è (o meglio resta) allarmante. Provo a raffrontarla con la situazione pre-indulto, riferendomi ai dati DAP del 30 giugno 2006. Allora su 61264 detenuti, 20221 erano stranieri, di cui 8066 europei (con netta prevalenza di albanesi e rumeni: complessivamente 4969) e 9748 africani (con prevalenza di marocchini: 4311). Raffrontando i dati con quelli odierni si può rilevare che a un incremento della popolazione detenuta, di circa 5000 unità, ha corrisposto un incremento dei detenuti stranieri per oltre 2500 unità. La percentuale dei detenuti stranieri è pertanto cresciuta, dal 33% circa all'attuale 36%. Peraltro, nel periodo immediatamente successivo all'indulto (legge 31 luglio 2006, n. 241), a fronte di una drastica riduzione della popolazione detenuta (scesa a 38847) ha corrisposto una significativa riduzione del numero dei detenuti stranieri

⁸ La relazione può essere consultata in www.amnistiasubito.it

⁹ Si veda la pagina 5 del documento richiamato nella precedente nota.

(12280), con un sostanziale mantenimento del rapporto percentuale (dal 33% al 31% circa).

Come leggere questi dati? Per dare una risposta bisognerebbe declinarli ancora, prestando attenzione a quali reati determinano maggiore carcerizzazione. Qui non è possibile rinvenire dati specifici, riferiti esclusivamente agli stranieri, ma i dati generali, rapportati alla popolazione detenuta nel suo complesso, permettono di avanzare qualche proposta di lettura.

Se si guarda, complessivamente, a chi sta in carcere e per quali reati è facile concludere che ad essere colpite sono le categorie più vulnerabili dal punto di vista sia economico che sociale¹⁰. Non solo, è facile cogliere una connessione tra alcune scelte di politica penale e l'attuale situazione di sovraffollamento. Non a caso le leggi Bossi-Fini sull'immigrazione (n. 189 del 2002), ex Cirielli sulla recidiva (legge n. 151 del 2005) e Fini-Giovanardi sulle droghe (legge n. 49 del 2006) sono state definite leggi "riempi carceri"¹¹. Sono leggi che hanno inciso, rispettivamente, sull'incremento degli immigrati in carcere, sulla permanenza in carcere dei recidivi in quanto esclusi dai benefici penitenziari, sulla massiccia presenza in carcere dei tossicodipendenti.

Siamo di fronte a quella che ormai può essere definita una "detenzione sociale". Come ha detto Margara, "le politiche securitarie, essendo dissociate da interventi di carattere sociale, aumentano, con il concorso delle politiche economiche liberiste, le aree della precarietà sociale e, quindi, allargano il bersaglio di tali politiche e, per tale via, del precariato e della povertà sociali"¹². Tutto, purtroppo, si lega in una prospettiva che in nome del presunto diritto alla sicurezza pregiudica l'idea stessa della sicurezza dei diritti, della loro promozione per il tramite di interventi volti a rimuovere le disegualianze di fatto¹³.

Sono valutazioni che ricorrono nella maggior parte degli studi recenti¹⁴, trovando anche eco in documenti ufficiali, quale il "Rapporto sullo stato dei diritti

¹⁰ Si rinvia, per approfondimenti, a M. RUOTOLO, *Carcere e inclusione sociale*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze 2012, 125 ss.

¹¹ V., in particolare, A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione giustiziana* 2009, 102.

¹² A. MARGARA, *Sorvegliare e punire*, cit., 106.

¹³ Sul rapporto "diritto alla sicurezza" – "sicurezza dei diritti", v. le illuminanti pagine di A. BARRATA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA, *La bilancia e la misura*, Milano 2001; più di recente e nella scia di quell'insegnamento, M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, 15 ss.

¹⁴ Tra gli altri, oltre al richiamato contributo di Margara: L. PEPINO, *Dalla guerra alla povertà alla guerra ai poveri*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna 2010, 511 ss.; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli 2011, specie 125 ss.; ID., *Carcere e inclusione sociale*, cit., specie 131 ss.; A. PUGIOTTO, *Aprire le celle alla Costituzione*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma 2012, 232 ss. Con specifico riferimento alla necessità di abrogare la legge c.d. Fini-Giovanardi per ridurre il flusso in entrata nelle carceri v., nel volume da ultimo citato, il contributo di F. CORLEONE e A. PUGIOTTO, *Quando il delitto è la pena*, 25 s.

umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia”, presentato nel marzo 2012. Documento, quest’ultimo, elaborato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica¹⁵.

3. *Cosa (non) si è fatto per contenere l’incremento della popolazione detenuta straniera.* – Torniamo allo specifico tema dei detenuti stranieri. Qual è stata la risposta politica ai rilievi sopra proposti, formulati da molti nelle sedi più diverse? Salvo qualche isolata proposta di intervento su quelle che possono ben qualificarsi come le prevalenti cause del sovraffollamento¹⁶, si è mosso molto poco.

Come rileva il DAP, non ha prodotto sostanziali effetti deflattivi la previsione che consente al giudice di applicare la sanzione sostitutiva dell’espulsione quando la pena detentiva non supera i due anni e non può essere sospesa (art. 16, comma 1, t.u. immigrazione, come sostituito dall’art. 15 della legge n. 189 del 2002¹⁷). Né ha prodotto significative conseguenze la previsione dell’espulsione amministrativa, dell’allontanamento degli stranieri liberi ma sottoposti a procedimento penale (art. 13, comma 3, t.u. immigrazione, come sostituito dall’art. 12, lett. a, della legge n. 189 del 2002¹⁸). Analoghe considerazioni sono espresse con riguardo alla previsione contenuta nell’art. 13, comma 3-bis, t.u. immigrazione (inserito dall’art. 12, lettera b, della legge n. 189 del 2002), in base alla quale il giudice deve obbligatoriamente pronunciarsi sulla possibilità di

¹⁵ Il “Rapporto” può essere consultato in www.cestim.it. Per quanto riguarda la situazione dei CIE v. la parte terza del “Rapporto”, in particolare pp. 78 ss.

¹⁶ Da segnalare la proposta di legge presentata dall’on. Cavallaro, che, con riferimento al reato di detenzione illecita di stupefacenti, prevede pene più basse delle attuali per i fatti di lieve entità, evitando di fatto l’incarcerazione in simili ipotesi e favorendo l’affidamento terapeutico dei tossicodipendenti (AC n. 4871).

¹⁷ Si riporta di seguito il contenuto dell’art. 16, comma 1, t.u. immigrazione, come sostituito dall’art. 15 della legge n. 189 del 2002: “Art. 16. - (*Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*) – 1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell’applicare la pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell’articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell’articolo 163 del codice penale né le cause ostative indicate nell’articolo 14, comma 1, del presente testo unico, può sostituire la medesima pena con la misura dell’espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni”.

¹⁸ Si riporta di seguito il contenuto dell’art. 13, comma 3, primo e secondo periodo, t.u. immigrazione, come sostituito dall’art. 12 comma 1, lett. a, della legge n. 189 del 2002: “Art. 13 - (*Espulsione amministrativa*) – 3. L’espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell’interessato. Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguire l’espulsione, richiede il nulla osta all’autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all’accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all’interesse della persona offesa”.

procedere all'espulsione amministrativa già in sede di convalida dell'arresto o del fermo e deve concedere il nulla osta se non sussistano inderogabili esigenze attinenti alle indagini ove non applichi la custodia in carcere¹⁹. In altre parole è possibile espellere mediante provvedimento amministrativo un soggetto sottoposto a procedimento penale previo nulla osta del giudice. Per il DAP, secondo lo studio del 19 settembre 2012, queste misure non hanno influito sulla popolazione carceraria, leggendosi nel documento ministeriale che sono “numerosi i detenuti stranieri non espulsi che dopo essere stati identificati fanno ingresso in carcere per scontare la pena”²⁰.

Un maggiore effetto si aspettava dal d.l. n. 89 del 2011, convertito nella legge n. 129 del 2011, che ha previsto la sanzione della multa in luogo del carcere per l'ipotesi di inottemperanza dello straniero extracomunitario all'ordine di espulsione. Quella scelta – lo si deve rimarcare – non è stata il frutto o il segno di un mutamento delle politiche securitarie, bensì il seguito scontato di una sentenza della Corte di Giustizia del 2011²¹, che ha sancito il contrasto dell'art. 14, comma 5-ter, t.u. immigrazione con la direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/Ce, avente contenuto dettagliato, non recepita alla scadenza del relativo termine). Il nostro legislatore si è dovuto uniformare, modificando nel senso sopra detto l'art. 14, commi 5-ter e 5-quater, t.u. immigrazione, mentre i giudici stavano già procedendo alla disapplicazione della norma del testo unico immigrazione contrastante con il diritto comunitario²².

I numeri comprovano quanto appena detto sia in termini percentuali che in termini assoluti. Prima dell'indulto – ripeto – i detenuti stranieri erano 20221, pari al 33% della popolazione detenuta; al 30 settembre 2012 sono 23838, pari a circa il 36% della popolazione detenuta.

4. *Alcune indicazioni giurisprudenziali. Le ripetute dichiarazioni di incostituzionalità di norme contenute nei pacchetti sicurezza.* – Dunque, con specifico ma non esclusivo riferimento ai detenuti stranieri, può ben dirsi che a un periodo di attivismo del legislatore, che ha prodotto le leggi “carcerogene”, ha fatto seguito un periodo di latitanza dello stesso, ancorché la necessità di un intervento sulle leggi “riempi carceri” sia stata da più parti evocata.

¹⁹ Si riporta di seguito il contenuto dell'art. 13, comma 3-bis, t.u. immigrazione: “Art. 13 - (*Espulsione amministrativa*) – 3-bis. Nel caso di arresto in flagranza o di fermo, il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 391, comma 5, del codice di procedura penale, o che ricorra una delle ragioni per le quali il nulla osta può essere negato ai sensi del comma 3”.

²⁰ Le considerazioni riportate nel testo si trovano a pagina 5 della già citata relazione del Capo del DAP del 19 settembre 2012.

²¹ Sentenza 28 aprile 2011, *El Dridi*.

²² Così G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, cit., 7.

Altrettanto non può dirsi sul piano giurisprudenziale, nel quale si registrano i più significativi interventi nei termini di un contenimento degli effetti di politiche securitarie assai discutibili.

Si pensi agli interventi della Corte costituzionale sull'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., per come riformato dai c.d. pacchetti sicurezza, che si sono tradotti in declaratorie parziali di illegittimità costituzionale, riferite di volta in volta alla fattispecie di reato che veniva in rilievo (omicidio, violenza sessuale, spaccio di stupefacenti, ecc.), volte a sostituire la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i soggetti gravemente indiziati dei delitti ivi previsti con la presunzione relativa, che impone al giudice di apprezzare la sussistenza di elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure²³.

Si pensi anche all'intervento, ancor più recente, della Corte costituzionale sull'automatismo della previsione del divieto di concessione della sanatoria (in termini tecnici impedimento all'ammissione della c.d. procedura di emersione) rispetto a lavoratori extracomunitari che siano stati condannati per i reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. (delitti per i quali è previsto, rispettivamente, l'arresto obbligatorio e l'arresto facoltativo in flagranza). La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina censurata (art. 1-ter, comma 13, lett. c, del d.l. n. 78 del 2009, convertito nella legge n. 102 del 2009), nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 del codice di procedura penale, senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (sent. n. 172 del 2012). La dichiarazione c.d. di emersione non può, insomma, essere respinta senza che vi sia una concreta valutazione della pericolosità sociale del soggetto.

Per far capire gli effetti aberranti della previsione normativa poi dichiarata incostituzionale, richiamo rapidamente la vicenda oggetto del giudizio principale. Un lavoratore, cittadino del Senegal, aveva vista respinta la sua dichiara-

²³ Sino ad oggi la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle c.d. presunzioni assolute previste dall'art. 275, comma 3, c.p.p., con riferimento ai seguenti delitti: induzione o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis, primo comma, c.p.), violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), atti sessuali con minorenni (art. 609-quater c.p.) (sent. n. 265 del 2010); omicidio volontario (sent. n. 164 del 2011); associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (sent. n. 231 del 2011) e alla commissione dei reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. (sent. n. 110 del 2012). Si aggiunga anche la dichiarazione di incostituzionalità della presunzione assoluta per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (sent. n. 331 del 2011), ancorché questa riguardi specificamente non l'art. 275, comma 3, c.p.p., ma l'art. 12, comma 4-bis, del t.u. immigrazione, aggiunto dall'art. 1, comma 26, lettera f), della legge n. 94 del 2009.

zione c.d. di emersione dal competente Sportello Unico per l'immigrazione di Ancona, il quale aveva recepito il parere negativo espresso dalla locale Questura, in quanto egli era stato condannato, con sentenza definitiva alla pena di mesi 8 e giorni 20 di reclusione ed € 2.200 di multa per il reato previsto e punito dall'articolo 171-ter, comma 2, della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), per avere commercializzato 52 CD e 24 DVD privi del marchio SIAE, nonché prodotti con marchi contraffatti. È ragionevole che tale circostanza osti alla regolarizzazione del lavoratore extracomunitario?

Evidentemente no, come d'altra parte era agevole desumere dalla precedente giurisprudenza costituzionale, puntualmente richiamata nella sent. n. 172 del 2012. La Corte afferma, infatti, che "il legislatore può ... subordinare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al fatto che la permanenza nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno degli interessi coinvolti dalla disciplina dell'immigrazione, ma la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario (sentenze n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010), perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere 'considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi' (sentenza n. 245 del 2011). Inoltre, questa Corte ha anche affermato il principio – qui richiamabile, benché sia stato enunciato in riferimento ad una differente materia – in virtù del quale 'le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*', sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta 'tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa' (sentenze n. 231 e n. 164 del 2011; n. 265 e n. 139 del 2010)".

La *ratio decidendi* – per espressa ammissione della Corte – è assimilabile a quella che ha sostenuto le declaratorie di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. In effetti, il criterio guida sembra essere lo stesso, identificabile nella "presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali" e nella conseguente esigenza di una lettura restrittiva dei limiti posti ai diritti fondamentali, ricavate da autorevole dottrina sulla base della lettura dei principi fondamentali della nostra Carta costituzionale²⁴.

Sembra quasi potersi formulare una presunzione di irragionevolezza degli

²⁴ L'espressione è, come noto, di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41.

automatismi legislativi ove questi limitino un diritto fondamentale della persona, superabile soltanto se dati di esperienza generalizzati lo consentano²⁵.

Ebbene, con specifico riferimento alla disciplina dell'immigrazione, sono proprio gli "automatismi legislativi" a suscitare le maggiori perplessità²⁶, proprio perché concepiti in direzione della più ampia limitazione dei diritti fondamentali, espressione di politiche che, almeno dalla legge c.d. Bossi-Fini fino ai più recenti pacchetti-sicurezza, sembrano ispirate dal motto "purché se ne vadano"²⁷ (cui si accompagna l'obiettivo "affinché non arrivino").

La Corte costituzionale ha avuto modo di censurare le declinazioni di quel motto, specialmente con le pronunce riguardanti l'aggravante di clandestinità (sent. n. 249 del 2010) e lo stesso reato di clandestinità (sent. n. 250 del 2010). La prima, dichiarata incostituzionale per violazione degli artt. 3 e 25, comma 2, Cost., non potendo a parità di offesa ritenersi ragionevole l'incremento di pena (fino a un terzo in più) solo in ragione dello *status* di "irregolare" dell'agente; il secondo "salvato" ma solo in quanto si è ritenuta possibile l'applicazione della norma sulla improcedibilità per particolare tenuità del fatto (di cui all'art. 34 d.gs. n. 274 del 2000) conseguente all'attribuzione della competenza sul reato al giudice di pace, per cui sono sottratte a pena le irregolarità di più ridotto significato, tra le quali rientra l'ipotesi dello straniero che si tratti in Italia oltre il termine del visto di ingresso per ragioni puramente contingenti (quali l'aver perso l'aereo o il non aver ricevuto tempestivamente dai parenti all'estero il denaro per l'acquisto del biglietto di viaggio).

Mi pare si possa dire, più in generale, che dalla giurisprudenza costituzionale emergano indicazioni significative circa la necessità di uno stretto scrutinio di costituzionalità rispetto a interventi che siano esclusivamente mossi da ragioni securitarie, animati da una concezione asfittica di sicurezza, riguardata in ter-

²⁵ Con questo argomento è stata giustificata, ad esempio, l'applicazione della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere con riferimento ai delitti di mafia. In tali casi la carcerazione preventiva non è più soluzione estrema, da praticare soltanto quanto le "altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti", ritenendosi ragionevole, o comunque giustificabile, il disposto automatismo, in quanto "misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione" (Corte cost., ord. nn. 450 del 1995, 40 del 2002, 130 del 2003).

²⁶ G. ZAGREBELSK, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 212, sono giustamente stupiti del fatto che, nonostante i numerosi casi di "automatismi legislativi" censurati dalla Corte costituzionale, manchi una considerazione d'insieme sul tema da parte della dottrina. Pregnante per il nostro argomento è il rilievo degli Autori per cui l'automatismo, escludendo la discrezionalità del giudice, impedisce a questi "di mettere fuori gioco una regola, tutta quanta – una regola che pur vale nella generalità dei casi prefigurati dal legislatore –, quando esistono esigenze particolari di equità che richiedono di metterla da parte".

²⁷ Riprendo qui il titolo del bel lavoro di A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Annuario 2009, Atti del XXIV Convegno annuale, svoltosi a Cagliari nei giorni 16 e 17 ottobre 2009, Napoli 2010, 333 ss.

mini di mera conservazione dello *status quo ante* e dunque volta all'emarginazione del diverso.

5. *Sovraffollamento e trattamento dei detenuti stranieri. Quale destino per il principio della rieducazione?* – Prima di chiudere vorrei ancora soffermarmi sulle implicazioni della drammatica situazione di sovraffollamento con riguardo alla specifica posizione dei detenuti stranieri.

In prospettiva generale è fin troppo ovvia la notazione per cui il sovraffollamento mette in discussione non solo la tutela effettiva ma anche, alla radice, la stessa possibilità di esercizio di diritti pur in astratto riconosciuti ai detenuti dalla normativa penitenziaria, contribuendo a determinare quel notevole divario “tra la legge scritta e le sue possibilità di concreta attuazione sul terreno delle strutture, dell’organizzazione, del personale” rilevato dalla migliore dottrina²⁸.

Ad essere revocata in dubbio è, anzitutto, la concreta efficacia (se non la stessa possibilità di progettazione) del trattamento penitenziario: le opportunità trattamentali si riducono drasticamente (e di solito non vengono colte dai detenuti stranieri), con inevitabili ripercussioni sul processo di risocializzazione, stante anche l’incidenza della valutazione della positiva partecipazione alle attività di cui il trattamento si compone ai fini della concessione di una serie di provvedimenti “di avvicinamento” alla condizione di completa libertà (permessi premio, licenze, ecc.). Ad essere messo in discussione non è solo l’adempimento del dovere costituzionale di “rieducare” (“le pene *devono* tendere alla rieducazione del condannato” *ex art. 27, comma 3, Cost.*), ma la stessa possibilità di esprimere la propria personalità che non può essere negata al detenuto in quanto tale. Ancora una volta lo ha ricordato la Corte costituzionale: “chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale” (sent. n. 349 del 1993).

La situazione appare, se possibile, ancor più grave per i detenuti stranieri, ancorché la normativa penitenziaria si preoccupi, in astratto, dei loro bisogni, peraltro assai diversificati. Basti pensare alla previsione contenuta nell’art. 35 del regolamento penitenziario (d.P.R. n. 230 del 2000), circa la necessita di una specifica considerazione delle “difficoltà linguistiche” e delle “differenze culturali”,

²⁸ V. GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Padova 1988, 4. La tendenza alla “rinneazione” pratica dei principi della normativa penitenziaria era stata messa in evidenza anche da Franco Bricola, il quale riteneva che il settore penitenziario fosse uno di quelli “più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l’illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme”: F. BRICOLA, *Introduzione a Il carcere “riformato”*, a cura di F. BRICOLA, Bologna 1977, 9, ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano 1997, 1227.

nonché riguardo alla esigenza di favorire, tra l'altro, l'“intervento di operatori di mediazione culturale”.

Ma, di là dagli enunciati normativi, possiamo dire che i detenuti stranieri, specie quelli “irregolari”, abbiano effettivamente gli stessi diritti dei detenuti italiani? Possiamo dire, in particolare, che sia loro riconosciuto quel diritto alla rieducazione cui corrisponde “un obbligo di fare per l'amministrazione penitenziaria”, da anni affermato come tale, senza distinzioni di sorta, dalla Corte di Cassazione²⁹?

Il legislatore ordinario ha cercato di solcare le differenze, dando risposte negative alle due domande sopra poste, laddove, ad esempio, ha di fatto negato che potessero applicarsi misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero “irregolare”, privo di legittimo titolo di permanenza in Italia (il caso era quello dello straniero clandestino che non fosse stato espulso perché non identificato o perché, a vario titolo, non si trovava in una delle condizioni richieste dall'art. 16 del testo unico immigrazione). L'espulsione era divenuta di fatto l'unica possibile misura alternativa – ammesso che tale qualificazione sia nella specie corretta – applicabile allo straniero extracomunitario che si trovasse in Italia in condizioni di clandestinità. Questo atteggiamento, presente nella legge c.d. Bossi-Fini, ha in una prima fase trovato sostegno nella giurisprudenza di legittimità³⁰, per poi essere finalmente superato da una condivisibile pronuncia del 2006 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³¹, che ha enunciato il seguente principio di diritto: “In materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale), sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario, possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno”. La soluzione giurisprudenziale è il frutto di una lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario condotta alla luce dei principi costituzionali della pari dignità e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, Cost.), che induce a negare l'esistenza di una “presunzione assoluta di inidoneità” delle misure alternative nei confronti di un'intera categoria di persone: gli stranieri extracomunitari presenti illegalmente in Italia. Come sottolineato dalla Cassazione, “tenuto conto dell'effettiva e ampia portata pre-cettiva della funzione rieducativa della pena, la concedibilità, o non, delle misure alternative alla detenzione in carcere non può essere formulata alla stregua di astratte premesse, bensì postula la valutazione, in concreto, delle specifiche

²⁹ Cfr. Cass. pen, Sez. I: sent. 1° luglio 1981; sent. 24 marzo 1982 (in *Rass. pen. crim.* 1983, 872); sent. 29 marzo 1985, (in *Cass. Pen.* 1986, 1178 ss.).

³⁰ Cfr., in particolare, Cass. pen., Sez. I, sent. 17 luglio 2003, Calderon, in *Diritto penale e processo* 2003, 1246.

³¹ Sent. 28 marzo 2006, Alloussi, in *Guida dir.*, fasc. 22, 2006, 50 ss.

condizioni che connotano la posizione individuale dei singoli condannati e delle diverse opportunità offerte da ciascuna misura secondo il criterio della progressività trattamentale”.

Il ragionamento non può che essere condiviso, in quanto la funzione rieducativa e risocializzatrice è, in base alla Costituzione, propria della pena. Una differenziazione, sul punto, basata esclusivamente sulla nazionalità si porrebbe in insanabile contrasto non solo con l'art. 27, ma anche con i principi di eguaglianza e pari dignità sociale di cui agli artt. 2 e 3 Cost. La “risocializzazione” non può, per usare le parole delle Sezioni unite della Cassazione, assumere “connotati nazionalistici”, come invece vorrebbe il legislatore ordinario³². In questo senso si è poi espressa anche la Corte costituzionale (sent. n. 78 del 2007), dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge n. 354 del 1975 (Ordinamento penitenziario), “ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste”. Ciò proprio in quanto un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati contrasterebbe con “gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale”.

La Corte costituzionale ha dovuto dunque ricorrere ad una sentenza interpretativa di accoglimento, per evitare il consolidamento di una lettura “restrittiva” delle disposizioni in tema di misure alternative, che si andava facendo strada proprio per effetto delle leggi in tema di immigrazione. Lettura che finiva per tradursi in una non applicazione dell'art. 27 Cost. nei confronti degli immigrati irregolari. Il tentativo legislativo può dirsi dunque fallito, anche se residua nel nostro sistema l'istituto dell'espulsione a titolo di “sanzione alternativa” alla pena, disciplinato dall'art. 16, comma 5, t.u. immigrazione (come sostituito dalla legge n. 189 del 2002), ai sensi del quale il giudice dispone la misura dell'espulsione nei confronti dello straniero condannato a scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni³³. Tale istituto potrebbe leggersi come

³² Per un'analisi più approfondita del problema si rinvia a M. RUOTOLO, *Può la rieducazione assumere connotati “nazionalistici”? Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno*, in www.costituzionalismo.it, 13 novembre 2006. L'articolo è ora pubblicato in F. BILANCIA (a cura di), *Costituzionalismo.it. Archivio 2006-2008*, Napoli 2011, 765 ss.

³³ Si riporta di seguito il contenuto dell'art. 16, comma 1, t.u. immigrazione, come sostituito dall'art. 15 della legge n. 189 del 2002: “Art. 16. - (Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione) - 5. Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi in cui

ancora ispirato al principio per cui le pene nei confronti dei clandestini *non* devono tendere alla loro rieducazione. Perché rieducare, se poi, al termine dell'esecuzione della pena detentiva, lo straniero dovrà essere espulso? Per evitare la dichiarazione di incostituzionalità, la Corte costituzionale ha qualificato la misura in parola come "amministrativa", in quanto tale sottratta ai principi costituzionali che riguardano la pena (ord. n. 226 del 2004), ribadendo il ragionamento già proposto con riguardo all'espulsione a titolo di "sanzione sostitutiva" disciplinata dal comma 1 dello stesso art. 16 t.u. immigrazione (ord. n. 369 del 1999)³⁴. Ad escludere la natura di "sanzione penale" concorrerebbe il fatto che la misura è eseguita dal questore e non dal pubblico ministero e che la sua irrogazione è subordinata alla ricorrenza di una delle condizioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 13 t.u. immigrazione. Non si tratterebbe altro – secondo la Corte – che di una anticipazione di "un provvedimento di cui già sussistono le condizioni", ancorché la misura si sostituisca di fatto alla pena detentiva, all'esito di sentenza di condanna. Più realisticamente, a me sembra, invece, una misura "alternativa alla detenzione"³⁵, avente come specifica finalità quella di evitare l'incremento dell'affollamento carcerario, basata probabilmente sull'implicita considerazione per cui, nelle condizioni date, la rieducazione non è obiettivo effettivamente perseguibile negli istituti penitenziari italiani³⁶.

6. *L'ottimismo della volontà, il pessimismo della ragione.* – Da quest'analisi, per quanto sommaria, credo emerga chiaramente un punto: intervenire sulla legislazione relativa all'immigrazione è esigenza non più procrastinabile. Come anche cambiare, più in generale, la rotta delle politiche securitarie e delle politiche sociali. Basta guardare – lo ripeto – a chi sta in carcere e per quali reati per

la condanna riguarda uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico".

³⁴ Il contenuto dell'art. 16, comma 1, t.u. immigrazione è riprodotto alla nota 17.

³⁵ La Cassazione (sez. I, sent. 12 dicembre 2003, n. 518, Reda) aveva qualificato tale misura come "alternativa alla detenzione", avente l'esclusivo "scopo di ridurre la popolazione carceraria" (lo stesso legislatore, d'altra parte, la definisce come "sanzione alternativa alla detenzione").

³⁶ Il discorso da ultimo introdotto meriterebbe di essere approfondito e generalizzato. Vero è, infatti, che il sovraffollamento non può costituire un alibi per comportamenti *contra legem*, ma altrettanto vero è che l'amministrazione non è spesso messa nelle condizioni idonee per poter attuare pienamente la legge, per poter assicurare la legalità in carcere. In molte situazioni l'impegno dell'amministrazione sembra oggi rivolto, quasi inevitabilmente, al contenimento della illegalità più che alla realizzazione della legalità. Con conseguenze evidenti anche sul piano dei principi costituzionali, ove l'imperativo dell'art. 27 Cost. sembra ridotto a esortativo: l'impegno per la rieducazione non più come dovere dell'azione dell'amministrazione, ma come invito ad adottare pratiche che, nei limiti del possibile, possano favorire il reinserimento sociale. I verbi cambiano significativamente: l'adozione di misure per consentire il reinserimento sociale finisce per essere meramente *favorita* anziché essere *assicurata*.

avere la conferma di quanto da tempo si va dicendo: a “meno Stato sociale”, a minor interventismo economico corrisponde “più Stato poliziesco e penale”³⁷.

È vero – come altri hanno detto nell’auspicare un diverso quadro normativo in materia di immigrazione – che qui “l’ottimismo della volontà si scontra con il pessimismo della ragione”³⁸. Ma non è dubbio che l’ottimismo della volontà abbia solide ragioni nei principi costituzionali. Come si fa a parlare di regole e diritti se al detenuto straniero è sostanzialmente (e in alcuni casi anche formalmente) impedito l’accesso al trattamento rieducativo? Come si fa a parlare di regole e diritti se i meccanismi di rimpatrio non sono assistiti da una piena giurisdizionalizzazione, se, addirittura, il provvedimento di allontanamento può essere disposto da autorità diversa da quella giudiziaria? Mettendo in dubbio, come nei fatti accade, l’applicabilità stessa allo straniero di previsioni costituzionali fondamentali quali quelle dell’art. 13, dell’art. 24 o dell’art. 27 Cost., si finisce per mettere in dubbio la natura propria dei diritti inviolabili, al cui riconoscimento e alla cui garanzia la Repubblica è tenuta sin dalla solenne affermazione contenuta nell’art. 2 Cost.

La “sicurezza” – tradotta nei termini di una “paura” spesso peraltro indotta – non può essere ragione sufficiente per giustificare l’obliterazione dei diritti. Se pure la si volesse qualificare come diritto dell’individuo, perfino inviolabile (cosa che – sia detto incidentalmente – la Corte costituzionale sembra escludere in un passo dell’ord. n. 187 del 2001³⁹), si potrebbe al più ammettere che essa entri nel gioco del bilanciamento con gli altri diritti, giustificando limitazioni all’esercizio degli stessi, ma non oltre il punto di estrema tensione che ne produca il loro totale sacrificio, che ne pregiudichi la loro ineliminabile ragion d’essere⁴⁰. Se e nella misura in cui i diritti e le regole non riescono a penetrare nell’universo chiuso (sia esso il carcere o il CIE) quel punto di estrema tensione deve dirsi oltrepassato. E non dovrebbero essere le Corti, ma direttamente il legislatore a garantire che ciò non accada. Se infatti può dirsi in certa misura fisiologico che le Corti riparinò a bilanciamenti irragionevoli, ciò che appare francamente inaccettabile è che siano continuamente chiamate a riparare scelte legislative che non sono il frutto di bilanciamenti tra diritti contrapposti, ma

³⁷ Cfr. E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, II ed., Torino 2004, 117.

³⁸ A. PUGIOTTO, “Purché se ne vadano”, cit., 392.

³⁹ La Corte ha affermato che l’aspettativa “a vedere protetta la propria sicurezza dalla commissione di fatti puniti come reato” non costituisce, ex art. 2 Cost., un diritto inviolabile (l’affermazione è resa con specifico riferimento alla riconosciuta discrezionalità del legislatore nella disciplina delle misure cautelari).

⁴⁰ La logica del bilanciamento è così descritta da R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 81, e da F. MODUGNO, I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale, Torino 1995, 101. Per la sua applicazione in ambito penitenziario, con specifico riferimento ai diritti dei detenuti, si rinvia a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, nonché, ora, a ID., *Dignità e carcere*, cit., *passim*.

dell'affermazione autoritaria di un interesse implicante il totale sacrificio dei diritti. Non è un caso che si lamenti – nonostante gli inviti provenienti dalla Corte costituzionale (in particolare: sent. n. 26 del 1999) – la inidonea tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, che, con riferimento agli stranieri, si traduce, in alcune circostanze, in vera e propria assenza di tutela. Non è un caso perché l'inadeguata o inesistente garanzia del diritto è conseguenza del suo non pieno o inesistente riconoscimento, magari giustificato, più o meno consapevolmente, dal fatto che esso sarebbe destinato ad essere esercitato in un universo non solo chiuso, ma evidentemente separato dall'ordinamento generale. Forse, allora, perché i diritti e le regole penetrino effettivamente in quell'universo sarebbe necessaria la sua apertura, il definitivo superamento dell'idea, del pregiudizio, per cui possano esistere ordinamenti separati da quello generale, al cui interno possano instaurarsi rapporti di supremazia speciale, che vedano una delle parti – evidentemente il recluso – completamente in balia dell'istituzione⁴¹. È un problema evidente per i detenuti stranieri, ma è un problema presente anche per quelli italiani. Ed è un problema al quale non già le Corti ma solo la politica può dare piena e soddisfacente risposta, partendo, secondo il mio auspicio, dall'adozione di immediati provvedimenti clemenziali. Ci sono le condizioni perché si realizzi la svolta auspicata? Siamo di nuovo al pessimismo della ragione e all'ottimismo della volontà.

⁴¹ Più ampie considerazioni sul punto in M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 11 ss.

ATTUALITÀ

Intelligence e segreto di Stato nella legge n. 133 del 2012

Gino Scaccia

SOMMARIO: 1. I motivi ispiratori della legge n. 133 del 2012 e le modifiche introdotte nel Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica (SISR). – 2. Il controllo parlamentare sul segreto di Stato dopo la legge n. 133 del 2012.

1. I motivi ispiratori della legge n. 133 del 2012 e le modifiche introdotte nel Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica (SISR). – La legge 3 agosto 2012, n. 133 (pubblicata nella G.U. 10 agosto 2012, n. 186), ha introdotto limitate, ma importanti modifiche alla disciplina del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e del segreto di Stato recata dalla legge 3 agosto 2007, n. 124. I motivi che hanno indotto il legislatore a ritoccare la legge n. 124 dopo soli cinque anni sono essenzialmente tre: l'evoluzione tecnologica sempre più incalzante, che modifica repentinamente i fronti e gli strumenti di minaccia della sicurezza nazionale e richiede l'adeguamento delle strutture informative; la crisi finanziaria, che ha spinto verso la razionalizzazione sul piano operativo dei servizi di *intelligence* allo scopo di migliorarne l'efficienza e ridurne i costi; la necessità di intensificare le forme di vigilanza e di controllo del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir), anche alla luce di importanti pronunce della Corte costituzionale che hanno riconosciuto ad esso il pieno ed esclusivo controllo di merito sull'opposizione e la conferma del segreto di Stato.

La finalità di adeguare l'attività di *intelligence* agli sviluppi tecnologici si coglie nel rilievo conferito alla sicurezza informatica nazionale. La relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza presentata nel 2011 al Parlamento dal Dipartimento per le informazioni e la sicurezza presso la Presidenza del Consiglio (DIS) aveva evidenziato che la minaccia cibernetica è ormai «fattore di rilevante incidenza sulle politiche di sicurezza dei Paesi e delle organizzazioni internazionali» e per questo è una le priorità degli apparati informativi e di sicurezza. L'art. 1 della legge n. 133 risponde a questa preoccupazione, affidando al Presidente del Consiglio dei ministri il compito di impartire direttive al DIS e ai ser-

vizi di informazione per la sicurezza, acquisito il parere del Copasir «per rafforzare attività informative concernenti la protezione di infrastrutture critiche materiali e immateriali, con particolare riferimento alla protezione cibernetica e alla sicurezza informatica nazionale». L'accresciuta importanza della dimensione *cyber* è formalizzata dall'art. 9 della legge in esame (modificativo dell'art. 38 della legge n. 124 del 2007), il quale prevede che la relazione annuale presentata dal DIS al Parlamento sia accompagnata da un documento di sicurezza nazionale relativo alla ricognizione delle attività di protezione di infrastrutture critiche materiali e immateriali, protezione cibernetica e sicurezza informatica.

Il secondo degli obiettivi perseguiti dalla legge n. 133 – il contenimento dei costi – è assicurato dalle norme che hanno conferito più intensi poteri di direzione e di coordinamento al DIS. La legge n. 124 del 2007 – superando la logica separatista fino ad allora dominante nel comparto *intelligence* – ha attribuito al Dipartimento la funzione di ricondurre ad unità le attività di ricerca informativa e di analisi autonomamente svolte dall'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI) e dall'Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE) nonché di assicurare lo scambio informativo con le Forze armate e di polizia e di creare un *network* di informazioni raccolte dalle amministrazioni dello Stato e da soggetti non professionali quali gli enti di ricerca, anche privati.

Queste funzioni di coordinamento, particolarmente importanti allorché un'Agenzia svolga la propria attività all'interno della circoscrizione territoriale di competenza dell'altra, sono state ora rinsaldate. Al DIS sono infatti affidati, da un lato, il coordinamento delle attività di ricerca informativa dirette a rafforzare la protezione cibernetica e la sicurezza informatica nazionali; dall'altro, la gestione unitaria degli approvvigionamenti e servizi logistici comuni dell'AISE e dell'AISI. Con scelta che, rendendo necessarie forme più strette di collaborazione fra DIS e Agenzie, potrà contribuire a superare definitivamente mai del tutto abbandonate logiche separatiste che di certo non concorrono alla migliore funzionalità delle strutture di *intelligence*.

Gli specifici obiettivi operativi del sistema SISR si inseriscono in un più generale disegno normativo rivolto a valorizzare l'attività di *intelligence* quale autonoma funzione di governo. Tale *ratio* è visibile nell'art. 2 della legge in commento, che ha reintrodotto nell'art. 3 della legge n. 124, al comma 1-bis, la previsione – presente nel testo originario della legge ma espressamente abrogata nel 2008¹ – secondo cui «L'Autorità delegata non può esercitare funzioni di governo ulteriori rispetto a quelle ad essa delegate dal Presidente del Consiglio dei ministri (...)».

¹ L'abrogazione è stata disposta dal comma 21 dell'art. 1 del decreto-legge 16 maggio 2008, n. 85 (Disposizioni urgenti per l'adeguamento delle strutture di Governo in applicazione dell'articolo 1, commi 376 e 377, della legge 24 dicembre 2007, n. 244), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 14 luglio 2008, n. 121.

Quando non era previsto un vincolo di “esclusività” del mandato in capo all’Autorità delegata, la delega presidenziale “sui servizi” si sommava alle ulteriori deleghe conferite dal Consiglio dei ministri a un Sottosegretario o a un Ministro. Ora, invece, il Presidente del Consiglio, non potendo intestare le funzioni di direzione e coordinamento del sistema SISR a un Ministro o Sottosegretario già titolare di altre deleghe, dovrà proporre al Presidente della Repubblica la nomina di un apposito Ministro senza portafoglio o di un Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio cui attribuire successivamente, con proprio atto, le funzioni di Autorità delegata². Nel dotare l’Autorità delegata di un rango politico “autonomo” – e non più “derivato” – la norma in esame pare ispirarsi all’idea che la funzione di direzione e coordinamento del sistema di informazione e sicurezza nazionale non sia secondaria o marginale rispetto alle altre attività dell’esecutivo, ma richieda, al contrario, un impegno totale e non divisibile con ulteriori deleghe governative. Potremmo dire, insomma, che le funzioni di governo relative all’*intelligence* si autonomizzano – tanto da non poter costituire l’oggetto di deleghe “frazionate” fra diversi membri del Governo³ – e coltivano l’ambizione di innervare l’intera azione esecutiva per fornire ad essa il supporto informativo necessario a migliorare la qualità e l’efficacia delle decisioni pubbliche.

Il terzo asse tematico della legge n. 133 consiste, come si è detto, nel potenziamento delle funzioni di vigilanza e di controllo politico esercitate dal Copasir, un organo bicamerale nel quale maggioranza e opposizione sono rappresentanti paritariamente e la cui Presidenza è affidata a un componente proveniente dai gruppi di opposizione (art. 30, comma 3, secondo periodo, legge n. 124). Giova premettere che il Comitato è chiamato istituzionalmente a verificare «in modo sistematico e continuativo che l’attività del Sistema di informazione per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione, delle leggi, nell’esclusivo interesse e per la difesa della Repubblica e delle sue istituzioni» (art. 30, comma 2, legge n. 124).

L’area del controllo del Copasir è definita attraverso il riferimento alle «attività del Sistema di informazione per la sicurezza». Viene, dunque, impiegato dal legislatore un criterio soggettivo, il quale porta ad escludere dal sindacato le attività di *intelligence* svolte nei rispettivi ambiti di competenza dalle Forze ar-

² Ai sensi dell’art. 95, terzo comma, della Costituzione, la determinazione del numero, delle attribuzioni e dell’organizzazione dei ministeri deve avvenire con legge. L’istituzione di un eventuale ministero “per l’*intelligence*” richiederebbe, dunque, un atto legislativo.

³ In tal senso può essere interpretata, nell’art. 3, comma 1, della legge n. 124 del 2007, la previsione secondo cui «il Presidente del Consiglio dei Ministri (...) può delegare le funzioni che non sono ad esso attribuite in via esclusiva *soltanto* ad un Ministro senza portafoglio o ad un Sottosegretario di Stato». L’avverbio “*soltanto*” può infatti essere riferito al rango formale del destinatario della delega (non inferiore a un sottosegretario), ma anche alla indivisibilità del potere delegato fra più membri del Governo, donde il carattere infrazionabile della delega.

mate e dalle Forze di polizia. Questo criterio poteva dar luogo a qualche problema applicativo quando fosse riferito alle attività svolte da strutture che sono istituzionalmente chiamate ad agire «in stretto coordinamento» con AISI e AISE. È pertanto da salutare con favore la previsione dell'art. 5 della legge n. 133, che – inserendo nel menzionato art. 30 della legge n. 124 il comma 2-bis – ha esteso il contenuto dell'attività di sorveglianza del Comitato, assegnando ad esso il compito di accertare che le funzioni attribuite dalla legge al DIS, all'AISE e all'AISI non siano svolte da nessun altro ente, organismo o ufficio⁴ e di vigilare sul rispetto dei principi della legge n. 124 anche da parte degli organismi esterni al SISR che svolgono attività informativa “intrecciata” a quella dei Servizi. Sebbene non sia esplicitato nel testo, è chiaro qui il riferimento al Reparto informazioni e sicurezza dello Stato maggiore della difesa (RIS), che non è parte del Sistema di informazione per la sicurezza, ma opera alle dipendenze del Capo di Stato maggiore della difesa ed è dalla legge incaricato di svolgere «compiti di carattere tecnico militare e di polizia militare e in particolare ogni attività informativa utile al fine della tutela dei presidi e delle attività delle Forze armate all'estero» (art. 8, comma 2, legge n. 124).

In coerenza con la natura parlamentare del Copasir e con le funzioni di mero sindacato politico che sono ad esso affidate, il Comitato, nel caso riscontri l'esorbitanza delle attività poste in essere da organismi esterni al Sistema SISR dai limiti stabiliti dalla legge o l'interferenza della loro azione con le attività svolte dai Servizi di *intelligence*, non potrà di certo risolvere questi conflitti di “competenza” con proprie deliberazioni, ma dovrà limitarsi a darne comunicazione ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio, perché quest'ultimo, nell'esercizio dei poteri di alta direzione della politica di sicurezza della Repubblica che la legge gli affida (art. 1 legge n. 124), attivi le procedure sanzionatorie o rimuova le ragioni del contrasto insorto fra le strutture informative.

Al Copasir sono state conferite anche nuove funzioni consultive che mirano ad assicurare una più ampia compartecipazione del Parlamento alla gestione del settore *intelligence* anche nella sua fase programmatica. In particolare, in base all'art. 7 della legge n. 133, modificativo dell'art. 32 della legge n. 124, il Comitato rilascia un parere obbligatorio non vincolante sia sul piano annuale delle attività dell'ufficio ispettivo istituito presso il DIS, con il compito di verificare la conformità alla legge delle attività di informazione per la sicurezza, sia sulle delibere del Comitato interministeriale per la Sicurezza della Repubblica (CISR) relative alla ripartizione tra DIS, AISE e AISI delle somme iscritte nell'unità provvisoria di base istituita nello stato di previsione del Ministero dell'economia per le spese del Sistema di informazione e sicurezza.

Il primo parere consente al Comitato di supportare il Governo, con il suo

⁴ Come prescrive l'art. 8, comma 1, della legge n. 124.

informato consiglio, nella individuazione delle priorità dell'azione ispettiva e al contempo di assicurare che essa resti immune da possibili "sviamenti" rispetto alla sua finalità propria.

Quanto al secondo parere, è necessario leggere il novellato art. 32 della legge n. 124 – che lo prevede – in connessione sistematica con gli artt. 1 e 29, comma 2, della medesima legge. L'art. 1 attribuisce in via esclusiva al Presidente del Consiglio dei ministri la determinazione dell'ammontare annuo delle risorse finanziarie per i servizi di informazione per la sicurezza e per il DIS; l'art. 29, per parte sua, dispone che, all'inizio dell'esercizio finanziario, gli stanziamenti per il SISR sono ripartiti dal Presidente del Consiglio tra DIS, AISE e AISI «previa deliberazione del CISR, sentiti i responsabili del DIS, dell'AISE e dell'AISI» e aggiunge che «di tale ripartizione e delle sue variazioni in corso d'anno, adottate con la stessa procedura, è data comunicazione al Comitato parlamentare».

La previsione, nel richiamato art. 32, di un'attività consultiva che deve esprimersi nella forma tipizzata del parere impedisce di fare luogo alla predetta comunicazione *ex post*, a meri fini informativi, come pure la lettura del richiamato art. 29 sembrava indicare. Un "parere successivo", infatti, tradirebbe la funzione propria dell'attività consultiva, che consiste nel fornire valutazioni e giudizi all'organo titolare del potere decisionale prima dell'adozione dell'atto finale, conclusivo del procedimento⁵. Ne consegue che il Presidente del Consiglio, prima di proporlo al CISR per la relativa approvazione, dovrà comunicare lo schema del decreto che ripartisce le risorse al Copasir affinché questo possa rendere il parere che gli spetta. Un'omissione di questo passaggio procedurale rilevarebbe, infatti, come vizio di legittimità dell'atto di stanziamento. Il descritto onere di comunicazione preventiva non pregiudica, peraltro, il potere esclusivo e finale del CISR e del Presidente del Consiglio di allocare gli stanziamenti, visto che il parere, pur obbligatorio, non è – come detto – vincolante.

⁵ L'opinione è pacifica in dottrina. V., per tutti, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2011, 476 e 563. Non contraddice la conclusione raggiunta la sentenza del TAR Piemonte, Torino, sez. I, 22.5.2009, n. 1471. Questa pronuncia ha stabilito che il provvedimento di rilascio di una concessione edilizia non preceduto dal parere – asseritamente obbligatorio – della commissione igienico-edilizia comunale non è viziato, ritenendo che nella specie gli effetti invalidanti dell'*error in procedendo* dell'amministrazione fossero neutralizzati dalla sanatoria processuale prevista dall'art. 21-*octies*, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Infatti, riconoscere – come fa il giudice torinese – che l'omissione del parere non pregiudica la validità del provvedimento di rilascio del permesso di costruire per la natura vincolata di questo, che «si sostanzia nel riscontro della conformità del progetto del proposto intervento costruttivo alla normativa urbanistica ed edilizia vigente, senza che residui in capo all'amministrazione comunale alcun margine di discrezionalità amministrativa», non equivale affatto ad ammettere la possibilità di configurare in via generale un'attività consultiva *post actum*. Un eventuale "parere successivo", perciò, non sarebbe ascrivibile all'attività consultiva in senso proprio, ma piuttosto a quella di controllo, tanto da potersi configurare, nel caso sia previsto come vincolante, alla stregua di un potere di veto.

I poteri di controllo parlamentare sono stati rafforzati anche per quanto attiene all'accertamento di condotte illegittime o irregolari poste in essere da appartenenti o ex appartenenti agli organismi di informazione. In materia l'art. 34 della legge n. 124 si limitava a prevedere che il Copasir informasse il Presidente del Consiglio dei ministri e riferisse ai Presidenti delle Camere. L'art. 8 della legge n. 133 ha attribuito al Comitato l'ulteriore potere di richiedere al Presidente del Consiglio di disporre lo svolgimento di inchieste interne. La responsabilità finale circa l'attivazione del potere di inchiesta permane in capo al Presidente del Consiglio, ma, quando l'inchiesta sia stata disposta, il testo integrale della relazione conclusiva deve essere trasmesso al Comitato perché questo possa compiere le sue valutazioni.

2. *Il controllo parlamentare sul segreto di Stato dopo la legge n. 133 del 2012.* – Se quelle finora illustrate sono innovazioni importanti, che non mancheranno di dispiegare i propri effetti positivi sull'efficienza operativa del sistema SISR, è però indubbio che il “cuore” politico della legge n. 133 e il principale elemento di interesse per gli studiosi consiste nella revisione delle forme di controllo parlamentare sulla conferma del segreto di Stato.

Per comprendere in quale cornice si inseriscano le modifiche introdotte sul punto è necessario muovere dalle sentenze della Corte costituzionale n. 106 del 2009 e n. 40 del 2012. In queste pronunce la Corte ha ribadito che la sede normale del controllo nel merito sul segreto di Stato è quella parlamentare e che pertanto «È escluso – ferme restando le competenze di questa Corte in sede di conflitto di attribuzioni – qualsiasi sindacato giurisdizionale non solo sull'*an*, ma anche sul *quomodo* del potere di secretazione, atteso che “il giudizio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato ha natura squisitamente politica e, quindi [...] certamente non è consono alla attività del giudice”». La Corte, rigettando la tesi secondo la quale l'inopponibilità alla Corte costituzionale del segreto di Stato – prevista nell'art. 41 della legge n. 124 – implicherebbe il pieno sindacato di merito sulla opposizione del segreto⁶, ha in sostanza ritenuto di poter esercitare un controllo meramente esterno e formale sulla motivazione dell'atto di secretazione sotto il profilo della sua astratta riferibilità agli interessi e valori costituzionali – esplicitati nell'art. 39 della legge n. 124 – alla cui tutela il segreto di Stato è preordinato.

⁶ Nel senso che l'art. 202 c.p.p., come modificato dall'art. 41 della legge n. 124 del 2007, attribuisca alla Corte il pieno controllo di merito sugli atti di conferma della opposizione del segreto v. A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2009, 1020 ss., 1030; A. PACE, *Sull'asserita applicabilità all'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato e sull'inesistenza dei “fatti eversivi” come autonoma fattispecie di reato*, in *Giur. cost.* 2012; R. ORLANDI, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, in *Giur. cost.* 2012, anticipato in www.giurcost.org.

Un indirizzo giurisprudenziale ispirato a un così deferente *self-restraint* – non infondatamente fatto oggetto di diffuse osservazioni critiche⁷ – rendeva indispensabile un potenziamento del controllo parlamentare sul segreto per evitare che esso, concepito come strumento di difesa degli interessi supremi della comunità nazionale, si trasfigurasse in abusivo mezzo di dominazione politica delle maggioranze di governo.

La legge n. 133 del 2012 risponde a questa esigenza e dunque – sia consentito dirlo con una accentuazione di enfasi – rimette in asse la funzione di tutela del segreto di Stato con i postulati della forma di governo parlamentare delineati dalla Costituzione, che, nella specie, trovano la loro positiva concretizzazione nell'esigenza di un controllo politico effettivo e non puramente declamatorio sul segreto di Stato.

La legge n. 124, alla prova della prassi, si era dimostrata inadatta ad assicurare incisività ed efficacia al controllo esercitato dal Copasir sulla conferma della opposizione del segreto di Stato. In particolare, gli artt. 40 e 41 della legge, prevedendo che il Presidente del Consiglio dei ministri dovesse indicare al Copasir le “ragioni essenziali” poste a fondamento dell'atto di conferma, erano stati interpretati in modo alquanto corrivo dal Governo, che si limitava talora a fornire all'organo parlamentare elementi documentali molto scarni. Essenziali, appunto, e talora insufficienti a rendere in concreto esercitabile un sindacato politico realmente penetrante. Il Comitato si era così più volte trovato nella condizione di dover richiedere al Presidente del Consiglio l'esibizione di documentazione ulteriore rispetto a quella resa disponibile.

Non è decisivo in questa sede di riflessione giuridica verificare se tali richieste siano state dal Governo sempre adeguatamente soddisfatte. Ciò che unicamente rileva ai nostri fini è che la formula “ragioni essenziali” non sembrava

⁷ Hanno commentato criticamente la sentenza n. 106 del 2009: A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato*, cit., 1020 ss.; F. RAMACCI, *Segreto di Stato, salus rei publicae e “sbarramento” ai PM*, in *Giur. cost.* 2009, 1015 ss.; V. FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro) del segreto*, *ivi*, 1033 ss.; G. SALVI, *La Corte costituzionale e il segreto di Stato*, in *Cass. pen.* 10/2009, 3703 ss. A commento della sentenza n. 40 del 2012 si vedano T. F. GIUPPONI, “A ciascuno il suo”. *L'attività dei servizi di informazione e la disciplina del segreto di Stato di nuovo davanti alla Corte*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012, 2; A. ANZON DEMMIG, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, in *Giur. cost.* 2012, anticipato in *www.giurcost.org*, ove si denuncia la sostanziale rinuncia da parte della Corte costituzionale «ad ogni e qualsiasi sindacato effettivo della legittimità della sua opposizione nel processo penale in sede di conflitto di attribuzioni» e si lamenta la «sostanziale e strisciante vanificazione del necessario controllo giuridico» sull'uso del potere di secretazione (pag. 2 del paper); R. ORLANDI, *Una pervicace difesa*, cit., il quale rileva: «se il conflitto di attribuzioni occasionasse una verifica meramente formale circa la corrispondenza fra notizia da secretare e motivo della secretazione; se, in altre parole, la Corte dovesse sempre prendere per buone le ragioni addotte dall'autorità governativa nel confermare il segreto, l'abuso di potere, purché accortamente motivato, diventerebbe legittimo. Per essere efficace, il controllo della Corte deve esercitarsi sul concreto rapporto tra notizia segreta e motivo della secretazione: proprio per rendere possibile ciò il segreto non le può essere opposto» (pag. 7 ss. del paper).

esprimere un vincolo giuridicamente stringente nei confronti del Governo, con l'effetto che la capacità di reale controllo da parte del Copasir finiva per essere rimessa alla buona volontà e alla leale collaborazione degli stessi soggetti controllati⁸.

In verità l'espressione "ragioni essenziali" non era un *hâpax legómenon*, una creazione fantasiosa del legislatore di riforma del 2007, ma la fedele trascrizione in un testo di legge della formula impiegata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 86 del 1977⁹. In quella pronuncia, resa nel giudizio originato dal caso "Edgardo Sogno", la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina del segreto politico-militare recata negli artt. 342 e 352 c.p.p. proprio lamentando che tali articoli «non preved(evano) che il Presidente del Consiglio dei ministri d(ovesse) fornire, entro un termine ragionevole, una risposta fondata sulle ragioni essenziali dell'eventuale conferma del segreto». Nella medesima pronuncia il giudice delle leggi aveva, però, precisato che «l'indicazione delle ragioni essenziali che stanno a fondamento della conferma del segreto» rispondeva allo scopo «non solo di consentire il controllo del giudice ma soprattutto di agevolare il sindacato politico del Parlamento (...), nei confronti del quale l'Esecutivo è responsabile del proprio operato».

Da quest'ultima affermazione è possibile desumere che il concetto di "essenzialità" non può essere riferito all'oggetto, vale a dire alle informazioni e alla documentazione coperte da segreto di Stato, ma piuttosto va letto in relazione all'esercizio della funzione di controllo parlamentare, nel senso che l'esibizione documentale del Governo deve risultare essenziale ai fini di tale controllo e, quindi, idonea e sufficiente a renderlo possibile. Gli articoli 10 e 11 della legge in esame, che hanno modificato rispettivamente gli articoli 40 (in tema di tutela del segreto di Stato) e 41 (recante il divieto di riferire riguardo a fatti coperti dal segreto di Stato) della legge n. 124, hanno il merito di rendere esplicita questa deduzione interpretativa.

Gli anzidetti articoli, dopo aver ribadito che il Presidente del Consiglio è tenuto a dare comunicazione di ogni caso di conferma dell'opposizione del segreto di Stato al Copasir «indicandone le ragioni essenziali», prevedono, infatti, che «il Presidente del Consiglio dei Ministri, su richiesta del Presidente del Comitato parlamentare, espone, in una seduta segreta appositamente convocata, il *quadro informativo idoneo a consentire l'esame nel merito* della conferma dell'opposizione del segreto di Stato».

⁸ Usiamo volutamente nel testo un'espressione identica a quella che si trova nella relazione illustrativa alla proposta di legge (A.C. 2070) dalla quale ha preso avvio la riforma del 2007. Nel porre in rilievo la scarsa incisività del controllo esercitato dal Comitato parlamentare di controllo (Copaco) – antesignano del Copasir – si affermava, allora, che «la capacità di reale controllo da parte del Copaco è rimessa, in ultima analisi, alla buona volontà e alla leale collaborazione degli stessi soggetti controllati».

⁹ E ripresa nelle sentenze n. 106 del 2009 e 40 del 2012.

La necessaria partecipazione del Presidente del Consiglio – che non potrebbe farsi sostituire da un Ministro e neppure dall’Autorità delegata – alla seduta segreta del Copasir sottolinea il grado massimo di responsabilità politica implicato dall’apposizione del segreto e, al contempo, enfatizza il carattere eccezionale del ricorso alla secretazione, che è da intendere comunque come *extrema ratio*, giacché comporta normalmente il sacrificio di diritti e interessi di rango costituzionale e contraddice, comunque, il principio – coesistente ai sistemi di governo democratici – di pubblicità e trasparenza del potere pubblico¹⁰. Non va sottovalutata, a tale riguardo, la portata dissuasiva che potrà avere, in concreto, la previsione di un potere di convocazione sottratto alla deliberazione collegiale e configurabile piuttosto come prerogativa personale del Presidente del Copasir. Posto dinanzi alla prospettiva di dover rispondere alla convocazione e di doversi confrontare, quindi, con il Comitato sul merito politico della scelta di secretazione (sulla ragione di Stato, verrebbe da dire), il Presidente del Consiglio tenderà ad esercitare un controllo severo sulle richieste di apposizione del segreto che giungono dalle strutture burocratiche. E ciò dovrebbe naturalmente ridurre il rischio di una banalizzazione del ricorso al segreto.

Quanto alle modalità della *disclosure* presidenziale, l’uso del verbo «espone» nell’articolo in commento sembra interpretabile nel senso che l’obbligo di esibizione documentale possa essere rispettato attraverso la mera visione e illustrazione orale dei documenti rilevanti, che potrebbero non essere rilasciati nella materiale disponibilità del Comitato. Soluzione – questa – che, oltre ad essere comprensibile in considerazione della natura dei documenti trattati e dell’esigenza di ridurre ogni potenziale rischio di una loro anche involontaria di-

¹⁰ Già in IMMANUEL KANT (*Progetto per una pace perpetua*, in *Scritti politici*, Torino 1965, 328 ss.) la pubblicità è il principio che garantisce l’accordarsi della politica con la morale: le azioni politiche la cui massima non sia pubblica, anzi non esiga la pubblicità, sono infatti considerate ingiuste. L’intima connessione esistente tra democraticità del sistema e pubblicità del potere è portata alla luce già da Carl Schmitt e, più tardi, fatta oggetto di compiuta sistemazione teorica da Norberto Bobbio e Jürgen Habermas. SCHMITT (*Die Diktatur*, vol. II, München-Leipzig 1928, 14 ss.) vede nell’affermarsi del principio di pubblicità il segno del superamento definitivo del principio del potere assoluto di hobbesiana memoria; BOBBIO (*Il futuro della democrazia*, Torino 1984) considera autenticamente democratico solo il governo del potere visibile, del «potere pubblico in pubblico»; HABERMAS (*Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied 1962, trad. it. *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari 1971, 69, 71) osserva che, se gli *arcana imperii* erano serviti alla conservazione di un potere fondato sulla *voluntas*, la pubblicità «deve servire all’instaurazione di una legislazione fondata sulla *ratio*». La dilatazione della sfera pubblica istituzionalizzata segna così il progressivo democratizzarsi dei sistemi di governo e la pubblicità, modernamente intesa, diventa modulo organizzativo dei poteri e degli organi statali. Una riflessione più disincantata sul principio di pubblicità quale fondamento della democrazia si rinviene ora in A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato tra politica e Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, il quale, muovendo dalla premessa che «il potere visibile è, in concreto, una finzione» e che «la pubblicità in luogo del segreto non conduce necessariamente ad uno stato di conoscenza», giunge alla condivisibile conclusione che «la pubblicità, pur essendo regola di base della convivenza democratica, non assurge in nessun ordinamento costituzionale al rango di un valore assoluto» (pag. 4 del paper).

vulgazione, non è sconosciuta ad altre democrazie occidentali, e segnatamente all'ordinamento spagnolo¹¹.

Venendo ai contenuti dell'obbligo presidenziale di allegazione, nel testo-base proposto in commissione dal Copasir si prevedeva che il Presidente del Consiglio dovesse fornire al Presidente e al vice Presidente del Comitato non già il quadro idoneo, ma l'intero quadro informativo disponibile. Questa previsione è stata però abbandonata nel prosieguo dell'esame parlamentare. Opportunamente, a nostro avviso, e ciò per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto perché la riserva di una quota di informazioni più estesa rispetto agli altri componenti del Comitato avrebbe posto Presidente e vice Presidente in posizione privilegiata (se non dominante) in ordine all'esercizio dell'attività di scrutinio politico, mentre la legge non pone graduazioni di rango fra i membri del Comitato, imputando la funzione di controllo al Copasir unitariamente e indivisibilmente considerato. In secondo luogo perché il riferimento, nella legge, all'«intero quadro informativo» avrebbe obbligato il Governo a rivelare dati non strettamente necessari o addirittura irrilevanti ai fini della valutazione sulla legittima opposizione del segreto, ma non di meno sensibili, e quindi meritevoli di restare riservati per non pregiudicare interessi supremi dello Stato che sono dalla legge affidati alla finale ed esclusiva responsabilità del Presidente del Consiglio dei ministri. La soluzione accolta nella legge n. 133 – obbligando il Governo a una *disclosure* più ampia di quella finora compiuta, ma non integrale – realizza, perciò, un ragionevole equilibrio fra il “privilegio dell'esecutivo” in materia di sicurezza nazionale e di segreto politico e l'esigenza indefettibile di controllo democratico.

Analizzata sotto il profilo tecnico, poi, l'espressione «quadro informativo idoneo» è decisamente appropriata. Essa, infatti, evoca un giudizio di idoneità del mezzo (la documentazione prodotta) rispetto al fine (l'esame nel merito della conferma del segreto) che si inquadra nei collaudati schemi giurisprudenziali del controllo di proporzionalità. Un controllo che la Corte costituzionale potrebbe praticare qualora il Copasir – organo qualificabile, nell'esercizio della sua funzione di controllo, come “potere dello Stato” (ai sensi e per gli effetti dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87), in quanto competente a dichiarare in via definitiva la volontà delle Camere¹² – proponga un conflitto di attribuzioni contro

¹¹ Sulla base delle Risoluzioni della Presidenza della Camera dei deputati in data 18 dicembre 1986 e 2 giugno 1992 l'accesso alle informazioni classificate – consentito alle commissioni o a un numero di parlamentari pari a ¼ dei componenti delle Camere – autorizza i parlamentari a esaminare la documentazione e a prendere appunti, ma non a ottenere copie o riproduzioni degli atti.

¹² Analogamente, del resto, ad altre Commissioni bicamerali competenti a dichiarare definitivamente la volontà delle Camere del Parlamento, quali la Commissione per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi (c.d. Commissione di vigilanza Rai), la cui legittimazione a proporre ricorso per conflitto di attribuzione fra poteri è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale

il Governo, lamentando di non essere stato posto in condizione di esercitare il proprio informato sindacato politico sul segreto per un difetto di allegazione documentale.

L'ipotesi, che comunque appare improbabile, dato che eventuali dissidi fra Copasir e Governo tenderanno ad essere ricomposti in via politica, non è inedita nel nostro ordinamento.

Un conflitto fra poteri di contenuto sostanzialmente analogo fu, infatti, proposto nel 1994 dalla Camera dei Deputati, la quale si doleva di non disporre degli elementi documentali indispensabili per esercitare il proprio potere valutativo¹³ in ordine alla richiesta di autorizzazione a procedere formulata dal Collegio per i reati ministeriali di Napoli. La Corte costituzionale, con sentenza n. 403 del 1994, accolse il ricorso della Camera e ordinò al collegio per i reati ministeriali l'invio di ulteriore documentazione¹⁴. *Mutatis mutandis*, analogo provvedimento potrebbe essere adottato nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri che abbia occultato al Copasir informazioni necessarie al pieno esercizio della funzione di controllo che esso è titolato ad esercitare in via esclusiva.

Un controllo costituzionale così configurato integrerebbe il sistema di sindacato politico parlamentare, garantendone l'effettività. La prospettiva di un ricorso per conflitto, infatti, indurrebbe verosimilmente il Governo a mettere da parte atteggiamenti ostruzionistici o condotte omissive e a fornire al Comitato, appunto, il quadro informativo idoneo all'esercizio del sindacato politico.

Controllo politico e controllo costituzionale potrebbero in questo modo perfettamente integrarsi, senza sovrapposizioni o confusioni di ruolo. Alla Corte, infatti, restano riservati i controlli relativi alla conformità con i parametri costituzionali dell'attività di apposizione del segreto per i profili non discrezionali di questa, alla legittimità formale dei provvedimenti di secretazione e alla loro ragionevole rispondenza agli interessi, indicati dalla legge, cui il segreto è finalizzato; al Copasir spetta il controllo sul merito politico della apposizione del segreto, che, ove reso impraticabile dalla carenza di documentazione probatoria allegata dal Governo, potrà dalla Corte essere "riattivato" con una pronuncia resa in sede di conflitto di attribuzione.

nelle sentt. n. 49 del 1998, n. 502 del 2000 e n. 69 del 2009 e nelle ordd. n. 171 del 1997, n. 137 del 2000 e n. 195 del 2003.

¹³ Ai sensi dell'art. 9, terzo comma, della legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1: «L'Assemblea si riunisce entro sessanta giorni dalla data in cui gli atti sono pervenuti al Presidente della Camera competente e può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo».

¹⁴ Sulla vicenda, se si vuole, G. SCACCIA, *Camere e tribunale dei ministri. Primi problemi applicativi della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1*, in *Giur. cost.* 1995, 2081 ss.

L'altra importante modifica diretta a rafforzare il ruolo del Copasir è quella recata dall'art. 6 della legge n. 133, che modifica l'art. 31 della legge n. 124. In base a detto articolo, quando il Comitato, nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo, richiede informazioni, atti o documenti a una pubblica amministrazione o agli appartenenti al sistema SISR, le autorità destinatarie della richiesta possono rigettarla opponendo l'«esigenza di riservatezza» assumendo che la comunicazione dei dati possa pregiudicare la «sicurezza della Repubblica, i rapporti con Stati esteri, lo svolgimento di operazioni in corso o l'incolumità di fonti informative, collaboratori o appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza» (art. 30, comma 8, legge n. 124). Ove il Comitato ritenga di insistere nella propria istanza, quest'ultima è sottoposta al Presidente del Consiglio dei ministri, che decide nel termine di trenta giorni se l'esigenza opposta sia effettivamente sussistente. L'esigenza di riservatezza o il segreto di Stato non sono, tuttavia, opponibili al Copasir quando questo, con voto a maggioranza dei due terzi, disponga indagini sulla rispondenza dei comportamenti di appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza ai compiti istituzionali. Nella vecchia formulazione della legge era prevista in questo caso l'unanimità e ciò rendeva estremamente arduo l'esercizio di questa funzione di sindacato ispettivo, che sarebbe stata possibile solo nel caso estremo – sintomatico di una più generale grave crisi politica – in cui tutti i componenti del Comitato riferibili alla maggioranza di governo contrastassero la volontà manifestata dal Presidente del Consiglio con il suo atto di conferma.

Attualmente non è più così: per rimuovere il segreto o l'esigenza di riservatezza e rendere conoscibili al Copasir tutti i documenti e le informazioni richieste è sufficiente che dal gruppo di maggioranza si dissocino due suoi componenti. Evenienza che, in presenza di governi di coalizione, non dovrebbe risultare impossibile.

Peraltro, per la concreta effettività del descritto meccanismo di rimozione del segreto risulterà decisivo il regime di voto previsto per la deliberazione relativa. Il voto palese, infatti, aumenta la possibilità di far valere la disciplina di partito e riduce conseguentemente il margine di «libertà» dei parlamentari. Il regolamento del Copasir¹⁵ non reca una disciplina specifica su questo tipo di votazione; ma l'art. 1 dello stesso regolamento richiama espressamente le «disposizioni contenute nel regolamento del ramo del Parlamento al quale appartiene il Presidente del Comitato». Vengono perciò in rilievo gli artt. 49 Reg. Cam. e 113 Reg. Sen., che prevedono lo scrutinio palese come regola generale, imponendo, però, lo scrutinio segreto per voti su persone, diritti fondamentali e sull'istituzione di Commissioni parlamentari di inchiesta. Le «indagini sulla rispondenza dei comportamenti di appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza ai compiti istituzionali», che il Comitato deve deliberare a maggioranza di due terzi, rientrano – se relative a specifici individui – nel novero delle votazioni su persone, ma non è da escludere che esse facciano generico riferi-

mento ad azioni non ancora imputate a soggetti determinati. Per evitare possibili controversie interpretative sul regime delle deliberazioni da adottare di volta in volta a seconda del tenore delle richieste ispettive sarebbe forse preferibile introdurre nel regolamento del Copasir la specifica previsione dello scrutinio segreto per queste ipotesi di opposizione all'esigenza di riservatezza eccitata dal Governo.

Pur dopo gli interventi migliorativi recati dalla legge n. 133 del 2012, il controllo parlamentare sul segreto di Stato appare ancora poco incisivo e richiederebbe di essere potenziato. Il Copasir, infatti, quand'anche ritenga infondata la decisione del Presidente del Consiglio di confermare l'opposizione del segreto, può soltanto riferirne a ciascuna delle Camere «per le conseguenti valutazioni», ma non ha il potere di provocare un voto dell'Assemblea sul punto, così da rendere evidente nei confronti dell'opinione pubblica la responsabilità del Governo.

Più in generale, occorre prendere atto che nelle condizioni storico-politiche attuali l'imputazione della funzione di controllo al Parlamento senza un qualche correttivo nelle regole di votazione non è più in grado di assicurare forme penetranti di sindacato politico sul Governo. L'allineamento fra maggioranza parlamentare e Governo è stato spinto, infatti, verso un punto prossimo alla totale sovrapposizione da alcuni convergenti fattori: l'attuale legge elettorale, che consegna nelle mani dei capi-partito la selezione dei parlamentari e quindi indebolisce la loro autonomia dai *leaders*; il proliferare di partiti personali completamente forgiati dal *leader* e posti al servizio delle sue scelte e dei suoi interessi¹⁶; il venire meno della regola convenzionale – accolta dal partito costantemente al Governo dal 1948 al 1994 – secondo la quale era precluso al capo del partito rivestire contemporaneamente la carica di Presidente del Consiglio, ciò che aveva contribuito ad accentuare la dialettica fra maggioranza parlamentare e Governo e, quindi, a decentrare la funzione di indirizzo politico.

Tutti i descritti fattori attribuiscono al Governo, di fatto, un potere di blocco che permette di frustrare ogni pur evidente aggiramento dell'attività di sindacato politico delle Camere. Sarebbe perciò opportuno – almeno nel delimitato ambito che ci occupa, in cui vengono in gioco interessi istituzionali che «devono attenere allo Stato-comunità e, di conseguenza, rimangono nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sorreggono»¹⁷ – completare la di-

¹⁵ Adottato nella seduta del 23 novembre 2007 e modificato nelle sedute dell'11 giugno 2009 e del 17 novembre 2009.

¹⁶ E riconducibili non solo alle scelte, ma persino al «corpo del Capo», nel senso in cui ne parla M. CALISE, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari 2010; ma v., per un quadro di prospettiva, L. CECCARINI, I. DIAMANTI, M. LAZAR, *La destrutturazione del sistema partitico italiano*, in A. BOSCO, D. McDONNELL, *Politica in Italia*, Bologna 2012, 63 ss., 68.

¹⁷ Così Corte cost., sent. n. 86 del 1977, punto 5 del Cons. dir.

sciplina legislativa in esame con una revisione del regolamento del Copasir diretta a rendere più agevole l'attivazione del conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale e quindi a favorire un confronto leale Governo-Copasir, proprio nella prospettiva di scongiurare una più traumatica soluzione di tipo giurisdizionale degli eventuali dissidi. Si tratterebbe, in particolare, di modificare l'art. 7 del regolamento del Copasir, il quale – dopo aver previsto che «le deliberazioni del Comitato sono adottate a maggioranza dei presenti», salvo che la legge istitutiva stabilisca diversamente, dispone che «in caso di parità di voti la proposta si intende respinta»¹⁸. Si dovrebbe, al contrario, prevedere che la proposta di ricorso per conflitto si intende approvata quando non sia rigettata dalla maggioranza dei componenti del Comitato o, in ossequio, del resto a una regola generalmente accolta nei collegi giudicanti, che in caso di parità prevale il voto del Presidente. Ciò consentirebbe di adire la Corte costituzionale anche in caso di perfetta spaccatura politica fra maggioranza e opposizione.

Resta da dire, ad una considerazione riassuntiva sulla legge n. 133 del 2012, che una volta tanto la comparazione della nostra disciplina con quella delle principali democrazie occidentali (Regno Unito, Germania, Francia, Stati Uniti) non genera nell'osservatore italiano ammirato stupore o peggio amara frustrazione. Al contrario, la legge in commento rappresenta sotto questo profilo un prodotto di elevata qualità tecnica e di sapiente equilibrio politico.

Per dimostrarlo sono sufficienti due telegrafici rilievi.

Il primo: nessuno dei Paesi sopra menzionati si è dotato di una disciplina organica in materia, con l'effetto che le disposizioni sul segreto di Stato sono disseminate in numerosi atti normativi e in alcuni casi si sovrappongono confusamente alla regolazione relativa alle classifiche di segretezza, obbligando l'interprete a una difficile opera di coordinamento. Il secondo: chi lamenta che il controllo giurisdizionale sul segreto di Stato sia troppo blando dovrebbe considerare che negli altri Paesi il controllo giurisdizionale è assai più debole.

Basti considerare che nel Regno Unito il *Ministerial certificate* (equivalente al nostro atto di apposizione del segreto) viene accolto in sede giudiziale senza esame e senza domande e non è impugnabile; che in Germania il giudice può controllare l'atto di apposizione del segreto solo sul piano della plausibilità dei motivi adottati, e quindi può svolgere sul segreto un controllo di mera evidenza; che in Francia l'utilizzo in sede processuale del segreto è comunque escluso, e il giudice penale deve prendere atto della opposizione del segreto da parte dell'amministrazione, pur potendolo valutare come elemento negativo ai fini del giudizio; che, infine, negli Stati Uniti una dichiarazione giurata dell'*Attorney general* è sufficiente a impedire la produzione di informazioni *classified* nel processo penale e in questo caso la corte è tenuta a far cadere le accuse.

¹⁸ Ai sensi del medesimo art. 7, comma 1, «Per la validità delle deliberazioni del Comitato è necessaria la presenza della metà più uno dei componenti»

Anche da queste laconiche notazioni di ordine comparato, in definitiva, si trae la conclusione che la legge in commento pone in un accettabile equilibrio regolativo i diversi interessi costituzionali che si fronteggiano nella materia del segreto di Stato, e che, rafforzando il controllo politico a parziale compensazione di un finora blando controllo giurisdizionale, non indebolisce, ma al contrario rinsalda la legittimazione del Governo e quindi, indirettamente, la forza e l'autorevolezza delle politiche di sicurezza nazionale.

RECENSIONI

*IL DELITTO DELLA PENA. PENA DI MORTE ED ERGASTOLO,
VITTIME DEL REATO E DEL CARCERE*
A CURA DI F. CORLEONE, A. PUGIOTTO
Ediesse 2012

Giuseppe Ugo Rescigno

Il titolo (molto efficace e penetrante alla luce sia dei temi affrontati sia delle tesi sostenute) ed il sottotitolo del libro dicono a sufficienza di che cosa esso si occupa e che cosa purtroppo unifica e pervade i distinti aspetti trattati.

Prima però di entrare nel merito conviene descrivere come è strutturato il libro e da dove provengono i distinti contributi.

Il libro è strutturato in quattro parti ed una introduzione dei curatori (più una appendice che riproduce documenti di cui dirò). Ciascuna parte è dedicata alla discussione di uno specifico libro intorno al tema considerato, e riproduce le relazioni di tre commentatori più la risposta dell'autore o degli autori del libro discusso e commentato; questi testi sono stati illustrati a suo tempo in pubblico in un ciclo di quattro incontri organizzato dal Dottorato in diritto costituzionale della Università di Ferrara tra settembre e ottobre del 2011. Mi pare doveroso citare i quattro libri sele-

zionati per costruire questo ciclo di conferenze pubbliche: *Il diritto di uccidere*, a cura di P. Costa, Feltrinelli, 2010; *Contro l'ergastolo*, a cura di S. Anastasia e F. Corleone, Ediesse, 2009; *La Repubblica del dolore*, di G. De Luna, Feltrinelli, 2011; *Quando hanno aperto la cella*, di L. Manconi e V. Calderone, il Saggiatore, 2011. Nella Appendice vengono pubblicati tre documenti: l'intervento del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano del 28 luglio 2011 nel convegno promosso dal Partito radicale dal titolo "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano"; la lettera aperta del giugno 2012 al Presidente della Repubblica scritta da Andrea Pugiotto e sottoscritta alla data di chiusura del volume da 1598 persone tra le quali decine di docenti universitari; la risposta del 25 luglio 2012 del Presidente della Repubblica.

La sola descrizione della struttura del libro e del modo di confezionarlo induce ad almeno quattro

riflessioni: A) il ciclo di conferenze è stato ideato e organizzato dal Dottorato di diritto costituzionale dell'Università di Ferrara, e dimostra che è possibile alle università dialogare con la società e partecipare col proprio sapere alla vita civile del popolo, anziché rinchiudersi in se stesse in modo autoreferenziale; nello stesso tempo è agevole constatare che raramente ciò accade, e che dunque da un lato bisogna ammirare e lodare i docenti e i dottorandi dell'Università di Ferrara e dall'altro è augurabile che il tipo di iniziativa da loro costruita e perseguita così bene venga imitata per quanto possibile; B) il libro mostra (se non l'unico modo) un modo efficace di costruire un dibattito e una divulgazione: anzitutto si sceglie un tema attuale e significativo; poi si articola questo tema in momenti più specifici, senza perdere il filo unitario che li lega ma nello stesso tempo guadagnando in precisione e profondità (nel nostro caso il tema generale è stato diviso in quattro parti); si individua se è possibile un libro sul tema specifico selezionato in modo che la discussione abbia una base scritta sufficientemente ampia e meditata; si cercano poi almeno due relatori, possibilmente in non totale accordo tra di loro, se non in pieno disaccordo (nel caso specifico i relatori sono stati tre perché giustamente ai due esterni, per dir così, è stato aggiunto un relatore che rappresentava il dottorato orga-

nizzatore); infine si dà la parola agli autori del libro che ha costituito la base per aprire il dibattito; C) i quattro libri selezionati sono stati pubblicati nel corso di tre anni, dal 2009 al 2011, a testimoniare l'attualità e l'urgenza del tema complessivo affrontato; nello stesso tempo la comune esperienza di questi anni ci dice quanto sono lontani dalla questione sia le forze politiche che la gran parte dell'opinione pubblica, che tutt'al più della questione conoscono il c.d. sovraffollamento delle carceri, e cioè un modo ipocrita di ridurre ad un fatto tecnico un aspetto incivile della nostra società; D) il libro è pieno di riferimenti al diritto e ad argomenti di carattere giuridico, come è inevitabile sia per i temi trattati sia per la torsione che al ciclo derivava dalla collocazione degli organizzatori; nello stesso tempo però i libri discussi e le relazioni sia dei giuristi sia a maggior ragione dei molti non giuristi vanno ben oltre il diritto, come sempre quando si vuol conoscere un fenomeno sociale, quasi sempre attraversato dal diritto proprio perché sociale ma sempre ben più ampio e complesso di quanto il diritto può da solo spiegare; si trova confermato in tal modo un punto di metodo conosciuto e praticato dai buoni giuristi, per cui non è possibile comprendere e se del caso criticare il diritto senza conoscere approfonditamente, facendosi aiutare se del caso da studiosi di altre disci-

pline, la realtà sociale di cui quello specifico diritto si occupa.

Non avrebbe senso e sarebbe comunque praticamente impossibile informare analiticamente sulle molte questioni nelle quali si articolano i temi affrontati e le molte accurate e puntuali tesi sostenute dagli autori su ciascun punto trattato. Ritorno su quattro di esse, anzitutto perché mi hanno particolarmente colpito, e poi perché mi pare che possano rivestire un particolare interesse per qualsiasi lettore, e per un giurista ancor di più.

Il primo dei quattro incontri era dedicato al tema della pena di morte ed aveva come base di discussione il libro citato a cura di Costa. Poiché la pena di morte come è noto oggi in Italia è vietata in assoluto, anche in caso di guerra, e poiché sul punto esiste un consenso che sembra unanime e comunque l'incontro non aveva di certo lo scopo di esaminare in senso critico o dubbioso questa scelta di ordine costituzionale, questo primo incontro-dibattito potrebbe sembrare senza legame con gli altri, tutto proteso o a ricostruire la storia di questo traguardo o il suo profondo significato morale e civile, ma non indirizzato verso la critica di un esistente intollerabile. Leggendo invece gli interventi, soprattutto quello di Pugiotto (pubblicato anche sulla rivista *Quaderni costituzionali*), si scopre con una certa sorpresa (almeno per me) che questa

scelta normativa di ordine costituzionale non si esaurisce nel mero enunciato e nella conseguente norma che figura oggi nel testo costituzionale, ma porta a molte conseguenze di ordine giuridico che si riverberano su altri aspetti del diritto penale e della pena, e dunque a buon diritto figura come primo punto da discutere, strettamente collegato con tutti gli altri trattati nelle altre giornate.

La seconda parte del libro (e cioè la seconda giornata) è dedicata al tema dell'ergastolo. Si intrecciano nel dibattito due distinte questioni: la prima di ordine morale e politico, se sia giustificata e giustificabile la presenza nell'ordinamento italiano della pena dell'ergastolo; la seconda, di ordine giuridico, se questa pena sia non contraria a Costituzione (come a suo tempo ha dichiarato la Corte costituzionale) o viceversa sia incostituzionale alla luce del terzo comma dell'art. 27 (e di altri principi costituzionali) e tale debba essere dichiarato dalla Corte costituzionale, se e quando, come auspica Pugiotto, la questione verrà riproposta. In una recensione di un giurista pubblicata in una rivista giuridica rivolta a giuristi mi pare pertinente dedicare qualche riflessione alla questione di ordine giuridico. Non è mai stata negata la possibilità che il legislatore tolga dall'ordinamento la pena dell'ergastolo, e sul piano della opportunità non ho dubbi che così dovrebbe

fare il nostro legislatore con legge ordinaria (o addirittura con legge costituzionale se volesse attribuire a questa scelta lo stesso carattere e la stessa portata del divieto della pena di morte), per le ottime ragioni così ben illustrate nel libro. Sulla illegittimità dell'ergastolo alla luce della Costituzione ho qualche dubbio, e trovo giuridicamente ben argomentata la tesi esposta nel libro da Alessandro Bernardi (docente di diritto penale nella Università di Ferrara) secondo cui incostituzionale non è la pena dell'ergastolo in assoluto, ma quella pena dell'ergastolo che non prevede obbligatoriamente la possibilità di riduzione della pena o attenuazione di essa trascorso un certo numero minimo di anni (come accade oggi in molti casi, in base ai quali il condannato, trascorso un certo numero di anni e in presenza dei fatti indicati dalle norme, si vede ridotta o comunque attenuata la pena, ma non accade invece in quello che in gergo viene chiamato ergastolo ostativo: in sintesi, sul piano del diritto vigente, si dovrebbe passare da un ergastolo incostituzionale (come ancora oggi è possibile in Italia) ad un ergastolo non contrario a Costituzione (configurato cioè in modo non incostituzionale, seguendo la costruzione esposta da Bernardi e da altri, ferma restando naturalmente la possibilità che il legislatore sopprima comunque la pena dell'ergastolo). Ammettiamo invece che abbia ra-

gione Pugiotto e che la Corte seguendo la sua tesi dichiarò in un prossimo futuro incostituzionali gli articoli del codice penale che prevedono la pena dell'ergastolo. Tralasciamo la domanda su chi e come dovrebbe riempire il vuoto creato da una tale sentenza della Corte dichiarativa della incostituzionalità della pena dell'ergastolo. Mi preme far notare due ricadute di teoria generale del diritto derivanti da una tale ipotizzata sentenza della Corte: a) anzitutto nessuno può negare che in un tal caso la Corte integrerebbe il testo costituzionale, perché da un lato, in forza dell'autorità delle sentenze della Corte dichiarative della incostituzionalità, tutti dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza *de qua* dovrebbero ritenere vigente a livello costituzionale la disposizione (ufficialmente non scritta) secondo cui "Non è ammessa la pena dell'ergastolo" (esattamente la stessa formula, questa volta ufficiale, scritta nel quarto comma dell'art. 27 a proposito della pena di morte) e dall'altro lato questo risultato verrebbe ottenuto e potrebbe essere ottenuto, in assenza di una legge di revisione costituzionale, soltanto da una sentenza della Corte come quella qui ipotizzata; b) in secondo luogo nessuno può negare che dal 1948 alla data della ipotizzata sentenza in Italia è stata in vigore ed è stata pacificamente applicata una disposizione opposta, secondo cui la pena del-

l'ergastolo era ammessa dalla Costituzione per bocca della stessa Corte costituzionale, cosicché si porrebbe necessariamente la questione se a seguito della sentenza ipotizzata che dichiara la incostituzionalità della pena dell'ergastolo bisogna ricostruire come incostituzionale tutto il periodo anteriore dal 1948 fino a tale sentenza, oppure bisogna ritenere che sia mutata la Costituzione ma solo a partire dalla sentenza della Corte. Non intendo qui proseguire nella analisi e nelle riflessioni. Mi pare però che i giuristi, ed in particolare i costituzionalisti, hanno il dovere di riflettere attentamente sul punto e di dare risposte accurate e convincenti.

La terza parte del libro (e cioè la terza giornata del ciclo di incontri) è dedicata alle vittime del reato e alle vittime della storia e si basa sul libro di Giovanni De Luna *La Repubblica del dolore. Le memorie di un'Italia divisa*. Come cittadino, spinto in particolare dal proliferare delle leggi che dedicano uno specifico giorno al ricordo ora di quelle ora di queste altre vittime, avevo una vaga idea del fenomeno acutamente ricostruito dallo studioso di storia De Luna; come giurista non avevo dedicato alcuna riflessione al fenomeno in quanto portatore anche di conseguenze giuridiche. Tutte le cose scritte nel libro sono interessanti e degne di attenzione: penso che i lettori saranno coinvolti nel tema, nei suoi significati e nei molti

risvolti anche di ordine giuridico come sono stato coinvolto io. Penso però che in questo caso il giurista, oltre che difendere fermamente principi e valori di ordine giuridico-costituzionale contro ogni strumentalizzazione, abbia poco da dire: si tratta di questioni di ordine morale, politico, storico, che vanno ben oltre il diritto e che possono essere affrontate collettivamente soltanto sul piano morale e politico. Faccio solo un esempio che mi ha coinvolto. Marco Alessandrini, figlio di Emilio Alessandrini assassinato nel 1979 da terroristi aderenti a Prima Linea, esprime le ragioni del suo disaccordo con la tesi centrale del libro di De Luna, a suo parere riassumibile nel prevalere del vittimismo nella memoria degli italiani. Cita tra l'altro un ricordo: nel febbraio del 2007, nel Tg1 delle 13,30, nell'informare che a Milano erano stati arrestati alcuni componenti delle c.d. nuove Brigate rosse, a commentare la notizia viene intervistato Sergio Segio, cioè l'assassino di suo padre; scrive Marco Alessandrini: "mi sarei aspettato un'intervista al ministro dell'interno, a un magistrato, a un poliziotto, ma proprio no a Sergio Segio". Ho capito immediatamente che cosa ha provato Marco Alessandrini e perché ha reagito come si descrive: non è in questione il diritto della televisione di intervistare un assassino, né il diritto di tale assassino di parlare in televisione (come Alessandrini

chiarisce nel corso del suo intervento); è in questione sul piano morale e politico la scelta fatta in quella occasione dalla televisione; Marco Alessandrini trova immorale e sbagliato politicamente che a commentare quell'episodio venga chiamata quella tale persona. Spiego perché la cosa raccontata e commentata da Marco Alessandrini mi ha coinvolto profondamente. Il mio giudizio sui terroristi della nostra storia recente, tutti senza eccezioni, come persona che proprio per causa loro ha visto del tutto distrutte e spezzate le sue aspirazioni e i suoi ideali fino al punto da non poterne neppure parlare, è di un disprezzo senza fine, di una rabbia infinita, di totale disgusto (non di odio per la sola ragione che ad odiare si fa male a se stessi). Ma proprio perché così sento mi guardo bene dal far diventare regola il mio giudizio: anche per i terroristi le regole hanno da rimanere quelle vigenti per tutti (per questa ragione ho molte e fondate riserve su molti processi, giuridicamente mal condotti in nome della lotta al terrorismo). Per altro verso sarebbe per me del tutto sbagliato estendere meccanicamente il mio giudizio morale e politico sul terrorismo delle Brigate rosse ad altre esperienze storiche e ad altre vicende. Mi pare corretto attenersi a due principi: essere capaci di spiegazioni analitiche accurate, tenendo distinti per ogni aspetto significa-

tivo i diversi fenomeni; tenere distinti, per quanto i diversi aspetti siano inevitabilmente intrecciati e reciprocamente condizionati, il giudizio morale da quello storico, da quello politico, da quello giuridico.

La quarta giornata era dedicata alla vita, o meglio non-vita in carcere. Mentre scrivo ascolto la notizia che Marco Pannella, 82 anni, ha interrotto parzialmente il digiuno che lo stava portando alla morte, cominciato proprio per chiedere interventi (in particolare una legge di amnistia) al fine di ridurre la incivile situazione delle carceri in Italia. Il nuovo parlamento sarà capace di dare ascolto a quanti chiedono che venga fatto qualcosa di efficace non per togliere del tutto (ci vorranno comunque anni di sforzi) ma diminuire questa orrenda situazione carceraria in Italia? Rispetto al tema molti sono i punti che interessano i giuristi sia *de jure condito* sia *de jure condendo*. Mi ha colpito particolarmente una questione che dall'esterno è facile non vedere (come non ho visto): i provvedimenti di isolamento e di trasferimento disposti dalle autorità carcerarie, praticamente senza alcuna possibilità di controllo e di difesa. Come giurista ne ho ricavato due riflessioni: a) nelle procedure e nelle organizzazioni quasi sempre le cose più importanti sono quelle apparentemente piccole e secondarie: è in esse che si annidano le trappole, i malfunzionamenti, le inefficienze,

le ingiustizie; chi scrive le leggi deve essere estremamente analitico, e sottoporre ad indagine critica ogni passo, per quanto a prima vista possa sembrare secondario e ovvio (è del tutto ovvio che possano avvenire trasferimenti da un carcere all'altro, ma questi trasferimenti possono portare con sé un tale carico di sofferenza, quale ad esempio la lontananza dai parenti, che al fatto deve essere data una attenzione estrema, valutandone tutti gli aspetti significativi); b) non sono mai stato soddisfatto delle poche, confuse e vaghissime cose che vengono dette ed ho detto intorno alle riserve di legge: penso ora, proprio dopo aver letto

le pagine del libro qui recensito, che la riserva di legge deve essere assoluta ed estesa quanto è necessario ogni qual volta vi sono regole che limitano la libertà degli individui, dovunque essi stiano: che sia il parlamento con una legge formale, controllabile dalla Corte costituzionale ed assistita dal controllo efficace dei giudici, ad assumersi la responsabilità di prescrivere analiticamente quanta libertà ed in quali modi può essere limitata, delimitando quanto più è possibile la discrezionalità delle autorità.

Per il resto, leggete il libro: ne vale la pena, anche se è molto triste e fa molto male.

ABSTRACTS

Giuseppe Guarino, *Perché gli uomini e non gli scimpanzé sono diventati i signori del pianeta? Gli organismi biogiuridici e il ruolo del diritto*

Il saggio affronta una serie di problematiche che hanno accompagnato la riflessione scientifica dell'Autore nel corso di più di sessant'anni; riflessione che ha preso l'avvio dallo studio del diritto come "forza autonoma" e come "forza di base" per arrivare alla ricostruzione di un articolato apparato ove le particelle elementari, i moduli essenziali e non ulteriormente scindibili dell'"universo" del diritto si compongono in varia forma, conducendo all'individuazione di un concetto "alternativo" del giuridico.

Tali particelle elementari sono costituite dalle condotte umane che, nel mondo del diritto, si traducono in organismo biogiuridico (OBG), quale modello generale di applicazione, eternamente presente in ogni fase (o "era") in cui viene divisa l'organizzazione della "Forza sociale" umana. Viene ripercorsa così la storia passando da una prima fase in cui l'OBG assumeva la forma della tribù, ad una seconda in cui ha assunto la forma dello Stato, per arrivare ad una terza fase ove non ancora è possibile dare un nome definitivo alla forma da esso assunta. Una particolare attenzione è prestata dunque alle caratteristiche permanenti degli OBG nel corso della loro evoluzione (in particolare, la loro qualità di entità "viventi", capaci di produrre autonomamente l'energia che ne provoca il movimento e che li distingue dalle organizzazioni) ed agli OBG che accompagnano le transizioni e la principale forma di ciascuna era (in particolare, all'OBG impresa produttiva ed ai connessi organismi della concorrenza e dei mercati).

Nella parte finale del lavoro, l'Autore estrapola infine alcune proposizioni fondamentali che consentono di individuare un percorso che faccia ordine nell'articolata e complessa analisi svolta, muovendo dalle caratteristiche delle particelle elementari, per arrivare alla loro organizzazione secondo una stratificazione progressiva, alle forme ed al senso del loro movimento.

Why Did Men and not Chimpanzees Become the Masters of the Planet? Bio-Juridical Organisms and the Role of Law

The essay deals with several issues that went along with the scientific reflection carried out by the Author during more than sixty years; a reflection that moved from the study of law as an "independent force" and as a "core force"

to get to a construction of a complex system where the elementary particles, the essential and non further divisible modules of the “universe” of law take various shapes, leading to the identification of an “alternative” concept of law.

These elementary particles are made up of human conducts that, in the world of law, are translated in a bio-juridical organism (BJB) as a general model of application, eternally present in each phase (or “era”) in which the organization of the human “Social Force” is divided. It is retraced, then, the history of these phases, moving from the first phase in which the BJB took the form of the tribe, to a second phase in which it took the form of the State, to arrive at a third stage where it isn’t yet possible to give a name to the definitive form it is taking. A particular attention is then devoted to the permanent features of BJBs (in particular, their quality of “living” entities, able to independently produce the energy that causes their movement, and that distinguishes them from the organizations) and to the BJBs that accompany the transitions and the main form of each era (in particular, productive enterprises and related organisms, as competition and markets).

In the final part of the work, the Author extrapolates some fundamental propositions that allow an identification of a path to put order in the articulated and complex analysis, moving from the features of elementary particles, to their organization according to a progressive stratification, and finally to the forms and the sense of their movement.

Alessandro Mangia, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*

L’articolo – che riproduce la relazione ad un convegno organizzato per celebrare i cento anni de ‘Lo stato moderno e la sua crisi’ – mette in luce, nella prima parte, le connessioni tra la teoria della istituzione elaborata da S. Romano e la riflessione condotta nel XIX secolo dagli studiosi dello *Staatsrecht* sulla teoria della corporazione e sulla rappresentanza di interessi, allontanandosi dalle letture più recenti che vedono in Romano un autore intento a celebrare soltanto la socialità e l’informalità del fenomeno giuridico. Nella seconda parte l’autore rivisita, in rapporto alla riflessione romaniana sulla rappresentanza, le raffigurazioni tradizionali della rappresentanza politica alla luce dei fenomeni di globalizzazione e delocalizzazione del diritto, che pongono in crisi il senso delle libertà politiche garantite dalle costituzioni nazionali e quindi la stessa categoria della rappresentanza.

Political Representation and its Crisis. One Hundred Years after the Inaugural Lecture of Santi Romano in Pisa

The paper – which reproduces the speech held by the author in a convention organized in Rome to celebrate the centenary of ‘Lo stato moderno e la sua crisi’

by Santi Romano – outlines, in the first part, the connections between the theory of the ‘institution’ by S. Romano – recognized by C. Schmitt as one of the three types of juristic thought – and the studies of German scholars of XIX century over the concepts of ‘corporation’ and ‘interest’; studies known in english-speaking countries thanks to the translation of F. W. Maitland of the works of Otto von Gierke. In the second part of the paper the author moves from the theory of Romano over political representation to revisit the traditional views on representation in connection with the phenomena of globalization and delocalization of law, and shows how the present crisis of representation is – in itself – a crisis of political freedoms, guaranteed by national constitutions, finally arguing that the natural dimension where political freedoms can find full enforcement is the dimension given by the national state.

Simone Scagliarini, *Diritto alla riservatezza e pretesa punitiva dello Stato nella disciplina delle intercettazioni: un bilanciamento da ripensare*

La disciplina delle intercettazioni è paradigmatica del rapporto tra autorità e libertà e presuppone un bilanciamento tra due interessi di rilievo costituzionale, quali la tutela della riservatezza e la pretesa punitiva dello Stato. Lo scritto analizza la disciplina vigente (e l’ultima proposta di modifica) sul tema per argomentare come, alla luce della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo recepite dal legislatore, oggi si sia venuto affermando un equilibrio eccessivamente sbilanciato a vantaggio della privacy. Questo, del resto, sembra rispondere ad un indirizzo culturale, non solo giuridico, che si è ormai ampiamente diffuso, rispetto al quale l’autore richiama l’esigenza di salvaguardare altri interessi costituzionali e di tenere conto anche dei doveri di solidarietà sociale.

Striking a Balance between Right to Privacy and State Investigation in Connection with Phone Tapping by the Judicial Authorities

The matter of phone tapping by the judicial authorities is paradigmatic in the relation between the power and freedom, and gives rise to the need to strike a balance between two constitutional interests: the protection of privacy and judicial investigation by the State. This article analyses the current regulation (and the latest proposal for amendments) in order to clarify how, in light of constitutional case law and that of the European Court of Human Rights influencing the legislator today, the approach to phone tapping tends to give excessive weight to privacy. This seems to be in line not only with legal principles but also a cultural trend. In response to this trend the author advocates the need to safeguard other constitutional interests, including duties and social solidarity

Laura López de la Cruz, *Verso un divorzio senza causa in Europa?*

La recente modifica della normativa del divorzio in Spagna ha portato a dare un maggior ruolo alla volontà dei coniugi di estinguere il vincolo del matrimonio. La nuova disciplina (Legge 15/2005 dell'8 luglio) ha provocato un importante cambiamento concettuale dell'istituto del divorzio, seguendo l'esempio di altri paesi europei come la Svezia o la Finlandia, nei quali è consentito che solo uno dei coniugi possa decidere lo scioglimento del matrimonio. Questo implica un rafforzamento della libertà personale come diritto fondamentale, in coerenza con il ruolo preferenziale assunto dai diritti fondamentali degli individui, anche all'interno della famiglia. Tuttavia, un'analisi della regolamentazione del divorzio in Europa ci dimostra come non vi sia stato un processo evolutivo lineare che ci permetta di constatare questo processo in tutti i paesi e in tutti i periodi; al contrario, la disciplina del divorzio è caratterizzata da regressioni continue, in cui la libertà dei coniugi è stata limitata in funzione degli interessi politici. Si tratta dunque di analizzare i cambiamenti che hanno avuto luogo nella normativa che regola il divorzio nei paesi a noi vicini e le conseguenze della riforma operata in Spagna.

Towards a Divorce without Cause in Europe?

Recent amendments in the regulation of divorce in Spain give a greater role to the will of the spouses to extinguish the marriage bond. The new regulation (Act 15/2005, from 8 July) has caused an important conceptual change in this institution, as in other countries such as Sweden or Finland, where one of the spouses can unilaterally bring and end to the marriage.

This implies a strengthening of personal freedom as a fundamental right and coheres with the prevalence of the fundamental rights of individuals within a family.

Nevertheless, if we proceed to analyse the regulation of divorce in Europe we see how the evolution of regulation has not been linear, so we can assert this process has taken place some time in all countries. On the other hand, the institution of divorce is characterized by continuous regressions in which freedom of the spouses has been limited due to different political interests.

Therefore we need to analyse the changes made in the regulations on divorce in neighbouring countries and the consequences of the reform that has taken place in Spain.

Marco Ruotolo, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*

Nella prima parte del lavoro l'Autore illustra i dati relativi alla popolazione detenuta straniera, mettendo in evidenza gli effetti prodotti dalle politiche securitarie dell'ultimo decennio, specificamente dalla legge n. 189 del 2002 in

tema di immigrazione. Ad un periodo di attivismo del legislatore (specialmente: anni 2002-2006), che ha prodotto leggi “carcerogene”, ha fatto seguito un periodo di latitanza dello stesso, ancorché la necessità di un intervento sulle leggi “riempi carceri” fosse da più parti segnalata.

È sul piano giurisprudenziale che si registrano i più significativi interventi nei termini di un contenimento degli effetti di politiche securitarie che hanno indubbiamente prodotto un incremento della carcerazione. Tra questi, particolare attenzione è riservata alle decisioni della Corte costituzionale che hanno dichiarato l’incostituzionalità delle norme che prevedevano l’automatica applicazione della carcerazione preventiva nei confronti di soggetti gravemente indiziati di alcuni delitti (omicidio, violenza sessuale, spaccio di stupefacenti, ecc.) o del divieto di concessione della sanatoria rispetto a lavoratori extracomunitari condannati per uno dei reati previsti dall’art. 381 del codice di procedura penale. Dalla giurisprudenza costituzionale si ricavano indicazioni significative circa la necessità di uno stretto scrutinio di costituzionalità rispetto a interventi che siano esclusivamente mossi da ragioni securitarie, animati da una concezione asfittica di sicurezza, riguardata in termini di mera conservazione dello *status quo ante* e dunque volta all’emarginazione del diverso. Se si guarda a chi sta in carcere e per quali reati, si ha la plastica rappresentazione di questa realtà, la conferma di quanto da tempo si va dicendo: a “meno Stato sociale”, a minor interventismo economico corrisponde “più Stato poliziesco e penale”.

La parte finale del lavoro è dedicata alle specifiche problematiche del trattamento penitenziario quando questo veda come destinatario lo straniero. Problematiche che finiscono per mettere in discussione la portata stessa del principio costituzionale di rieducazione del condannato. Il lavoro si conclude con l’auspicio di un netto cambiamento di rotta delle politiche securitarie e delle politiche sociali, che comprenda anche una significativa revisione della legislazione in tema di immigrazione.

Immigration and Prison. Rights and Rules in a Closed Universe

In the first part of the work the Author illustrates data on the foreign population of Italian prisons, highlighting the effects produced by the security policies of the last decade, especially by Law n. 189 of 2002 on immigration. A period of legislative activism (especially: years 2002-2006) that produced “prison generating” laws was followed by a period of legislative inaction, even though many marked the need for an intervention on “filling jails” laws.

It is on the jurisprudential level that are registered the most significant interventions to contain the effects of security policies on incarceration increase. Among these, a particular attention is reserved to the decisions of the Constitutional Court that declared the unconstitutionality of the norms providing for the automatic application of preventive detention against persons seriously suspected of certain crimes (murder, rape, drug dealing, etc.) or prohibiting the regularization to non-EU workers convicted for one of the crimes provided for by

art. 381 of the criminal procedural code. Constitutional case law gives significant indications on the need for a strict scrutiny of constitutionality with respect to interventions motivated exclusively by security reasons, animated by a suffocating conception of security (regarded in terms of mere preservation of the *status quo ante* and thus aimed to the exclusion of the “other”). Looking at who is in prison and for what kind of crimes, it is possible to have a plastic representation of this reality, a confirmation of a diffused observation: to “less welfare state”, with lower economic interventions, corresponds “more police and criminal state”.

The final part of the work is devoted to the specific problems posed by prison treatments addressed to the stranger. Problems that end up questioning the constitutional principle of rehabilitation of the prisoner. The work ends with the hope of a firm change in direction of security policies and social policies, including a significant revision of immigration laws.

Gino Scaccia, *Intelligence e segreto di Stato nella legge n. 133 del 2012*

La legge n. 133 del 2012 ha introdotto limitate, ma importanti modifiche alla disciplina del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e del segreto di Stato recata dalla legge 3 agosto 2007, n. 124. Le ragioni che hanno indotto il legislatore a ritoccare la legge n. 124 dopo soli cinque anni sono essenzialmente tre. La prima risiede nella necessità di adeguare le strutture informative all’incalzante evoluzione tecnologica. Al riguardo, la legge n. 133 ha previsto che il Dipartimento per le informazioni e la sicurezza presso la Presidenza del Consiglio (DIS) curi la redazione di un documento di sicurezza nazionale, relativo alla ricognizione delle attività di protezione di infrastrutture critiche, protezione cibernetica e sicurezza informatica. Una seconda ragione riguarda l’esigenza di razionalizzare e contenere i costi dei servizi di *intelligence*. Sul punto, la legge in esame ha attribuito al DIS più intensi poteri di direzione e di coordinamento delle attività di ricerca informativa e di analisi autonomamente svolte dall’Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI) e dall’Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE). Infine, la legge in esame risponde all’esigenza di potenziare le funzioni di vigilanza e di controllo politico parlamentare in tema di segreto di Stato. Ciò anche alla luce delle sentenze della Corte costituzionale nn. 106 del 2009 e 40 del 2012 che hanno riconosciuto al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir) il pieno ed esclusivo controllo di merito sull’opposizione e la conferma del segreto di Stato. La legge n. 133 ha conferito nuove funzioni consultive a tale Comitato, volte ad assicurare una più ampia compartecipazione del Parlamento alla gestione del settore *intelligence* anche nella sua fase programmatica. Quanto al controllo procedurale sul segreto di Stato, la legge ha introdotto la possibilità per il Copasir di convocare il Presidente del Consiglio dei Ministri in apposita seduta segreta, al fine di esporre il *quadro informativo idoneo* a consentire l’esame nel merito della

confirma dell'opposizione del segreto di Stato. Formula, questa, che dovrebbe contribuire a porre in un ragionevole equilibrio il "privilegio dell'esecutivo" in materia di sicurezza nazionale e di segreto politico e l'esigenza indefettibile di controllo democratico. Altra novità è costituita dall'abbassamento del *quorum* deliberativo – voto a maggioranza dei due terzi e non più all'unanimità – richiesto al Copasir per disporre indagini sulla rispondenza dei comportamenti di appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza ai compiti istituzionali. Tale modifica agevola notevolmente l'esercizio della funzione di sindacato ispettivo dell'organo. In conclusione, la legge n. 133 colloca in un accettabile equilibrio regolativo i diversi interessi costituzionali che si fronteggiano nella materia del segreto di Stato. Rafforzando il controllo politico a parziale compensazione di un finora debole controllo giurisdizionale, essa rinsalda la legittimazione del Governo e quindi, indirettamente, la forza e l'autorevolezza delle politiche della sicurezza nazionale.

Intelligence and State Secret in the Statutory Law n. 133/2012

Statutory law n. 133/2012 has introduced important changes to law n. 124/2007 concerning "information system for the security of the Republic and the State secret". The reasons why a new law was required after five years only of implementation of the law n. 124 are essentially three.

First: the need to make intelligence Agencies fit to the pressing technological evolution. Law n. 133 thereupon provides that the annual report submitted to Parliament by the governmental Department for Information and Security (DIS) must contain a specific National Security Document about protection of essential infrastructures and intangible assets, cybernetic defence and computer security.

Second: the need to cut expenditures for intelligence Agencies. On that matter, law n. 133 enlarges the powers of DIS, by giving it the task to unify and coordinate information's collection and strategic analysis independently made by Information and internal Security Agency (AISI) and Information and external Security Agency (AISE).

In addition, law n. 133 aims to strengthen parliamentary supervision and control in the field of intelligence and State secret, so implementing decisions of the Constitutional Court (in particular nn. 106/2009 and 40/2012) recognising to the parliamentary Committee on security of the republic (Copasir) the full and exclusive review on application of a State secret as a criminal immunity.

That review now provides the direct involvement of the Premier, who can be required by Copasir to report (in secret session) about the political reasons founding the application of the State secret in a criminal trial or a civil procedure.

As a conclusion, law n. 133 seems to balance reasonably the different conflicting constitutional interests encompassed in the field of State secret. By strengthening political control on that secret in order to make up for a weak judicial review, it increases legitimacy and, consequently, power and authority of national security policies.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

GIUSEPPE GUARINO, Professore emerito di Diritto amministrativo, “Sapienza”
Università di Roma

ALESSANDRO MANGIA, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università
di Piacenza - Cattolica del Sacro Cuore

SIMONE SCAGLIARINI, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università di
Modena e Reggio Emilia

LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ, Professoressa a contratto di Diritto civile, Universi-
tà Pablo de Olavide di Siviglia

MARCO RUOTOLO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università
“Roma Tre”

GINO SCACCIA, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Universi-
tà di Teramo

GIUSEPPE UGO RESCIGNO, Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico,
“Sapienza” Università di Roma

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al Comitato di direzione e al Comitato scientifico. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di Direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo.

Per questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione di esperti esterni alla Rivista i contributi di Mangia, Scagliarini, López de la Cruz, Ruotolo, Scaccia.

Amministrazione
Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. / fax 081 5800459
info@editorialescientifica.com
www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile
Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti
All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.
Abbonamento 2012: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione
Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in www.editorialescientifica.com, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e società».

La direzione e la redazione di «Diritto e società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.